بحوث مقارنة

في الفقه الإسلامي وأصوله

٢

بسم الله الرحمن الرحيم

انتشار بألوان الطيف

الطبعة الثانية

١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م

ISBN:9953-32-359-3



دمشق - سورية
ص.ب : 30597

بيروت - لبنان
هاتف : ٥٤٦٧٢٠ - ٥٤٦٧٢١
فاكس: ٥٤٦٧٢٢ ١ (٩٦١)
ص.ب : ١١٧٤٦٠

Resalah
Publishers

Tel: 546720 - 546721
Fax: (961) 1 546722
P.O.Box: 117460
Beirut - Lebanon

E-mail:
resalah@resalah.com
Web site:
Http://www.resalah.com

بحوث مقارنة

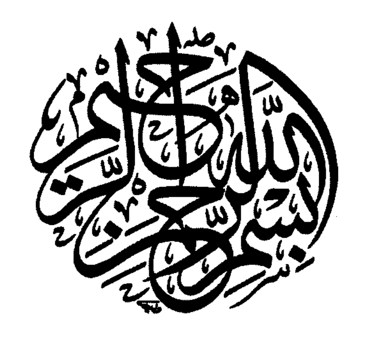
في الفقه الإسلامي وأصوله

تأليف

الدكتور فتحي الدريني

الطبعة الجديدة

مؤسسة الرسالة



المبحث التاسع
حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن

مقدمة:

إن أحداً من الفقهاء القدامى أو أئمة المذاهب الفقهية، لم يتناول هذه المسألة بالبحث الموضوعي المحرر، تعمقاً واستقصاءً، اللهم إلّا ما عثرنا عليه من أقوال مقتضبة للإمام القرافي المالكي في كتابه «الفروق»[1] تتعلق بالاجتهادات الفقهية فحسب، مما لا يغني عن التفصيل والتحليل والإحاطة بالموضوع من جميع جوانبه، لتكوين تصور واقعي دقيق وشامل لفقه المسألة، مرتبطاً بآثارها العملية، من الناحيتين: العلمية النظرية، والتجريبية.

والسرّ في ذلك: أن هذه المسألة لم يكن لها وجود في القرون الماضية على النحو الذي نراه اليوم، بما تمخَّض عنه التطور العلمي والصناعي والاقتصادي، من وسائل النشر والتوزيع؛ إذ كان العلم يُدوَّن في مخطوط من نسخ معدودة، فضلاً عن أن الابتكار العلمي لم يكن له من الأثر والنضوج على النحو الذي نراه اليوم في الجامعات، والمراكز الثقافية، والمختبرات العلمية، وفي التطبيق العملي في العالم أجمع.

لذا، كان هذا الموضوع حريًّا ـ في عصرنا هذا ـ أن يُفرَد بالبحث التشريعي، بما يقتضيه العدل والمصلحة، ليكون مجالاً واسعاً للاجتهاد بالقدر الذي يوازي أثره الظاهر في الحياة العلمية والثقافية والاقتصادية، بل والحضارية بعامة.

---

(١) «الفروق»: (٢/٢٠٨ وما يليها).

أما الباحثون المحدثون، فما صدروا عنه من آراء، لا يمكن اعتباره وليد الاجتهاد، فلا يغني عن البحث العلمي في شيء، حيث اكتفى بعضهم بالتعليق عليه، وإحالة بحثه على المصلحة المرسلة المتعلقة بالحقوق الخاصة[1].

فالموضوع حيوي وواقع في عصرنا، وعلى نطاق عالمي، فلا يجوز أن يكون مصيره هذا الاقتضاب، لذا رأينا تناوله بالبحث من عدة وجوه، على ضوء من أصول كل مذهب، وعلى مقتضى أصول التشريع، تحرياً لما هو الحق عند الله تعالى، وذلك على النحو التالي:

أولاً ـ تحديد مفهوم الابتكار في الإنتاج الذهني.

ثانياً ـ التكييف الفقهي لطبيعة هذا الإنتاج.

ثالثاً ـ موقع الابتكار الذهني من مفهوم المال شرعاً في اجتهادات المذاهب الفقهية، مع المقارنة والمناقشة.

رابعاً ـ منشأ حق الابتكار.

خامساً ـ حق الملك في الإنتاج الذهني المبتكر، حق عيني مالي متقرر، لا مجرد.

سادساً ـ مدى قابلية هذا الحق للانتقال، معاوضةً، أو إرثاً، أو إيصاءً.

سابعاً ـ مقارنة ومناقشة وردود.

أولاً: تحديد مفهوم الابتكار في الإنتاج الذهني

يقصد بالإنتاج الذهني المبتكر: «الصورة الفكرية التي تفتقت عنها المَلَكَةُ الراسخة في نفس العالم أو الأديب ونحوه، مما يكون قد أبدعه هو، ولم يسبقه إليه أحد».

تحليل التعريف واستخلاص عناصره:

١ ـ الإنتاج المبتكر هو «الصور الفكرية» وليس هو العين التي استقر فيها، من

(١) «المدخل إلى نظرية الالتزام» للأستاذ الزرقاء، و«الملكية في الشريعة الإسلامية» للشيخ علي الخفيف ص١٠، و«أحكام المعاملات الشرعية» للمؤلف، الطبعة السابعة، ص٢٨ وما يليها.

كتاب ونحوه؛ لأن هذه العين مَجْلى لتلك الأفكار، ووسيلة لاستيفاء منفعتها، ومعيار تقديرها من حيث النوعية والأثر، فالصور الذهنية لا تدرك بإحدى الحواس، بل بالعقل وحده؛ لأنها صور معنوية مجردة، ومنافع عرَضية.

٢ ـ يتسم بعنصر الإبداع، بحيث لا يكون تكراراً ولا محاكاةً ولا انتحالاً لصور أخرى سابقة.

على أنه ينبغي أن يلاحظ أنّ الإنتاج المبتكر لا يشترط فيه ليكون كذلك أن يتسم كله بالابتكار والإبداع؛ إذ لا بد في كل مبتكر ذهني من أن يكون مؤصَّلاً على ثقافة ساهم في تكوينها ابتكارات سابقة، وتراث علمي، فيختلف الابتكار إذن نوعيةً وأثراً بمدى القدر المستحدث فيه، وجودته، تبعاً لمبلغ الجهد المبذول فيه، ومستواه، فالابتكار نسبي لا مطلق.

هذا، والترجمة فيها جهد علمي مبذول، لكن لا في أصل الصور الفكرية ابتكاراً؛ لأنها للمؤلف في اللغة المنقول عنها، بل يتبدى الابتكار النسبي فيها في دقة الفهم للمعاني المترجمة، وفي الأسلوب والصيغ التي أبدعها المترجم في اللغة المنقول إليها، وأفرغ فيها تلك المعاني، بحيث يكون ذلك انعكاساً وأثراً لملكته الذهنية التي قوامها قدرة بارعة على تفهم خصائص اللغة الأجنبية وأساليبها وفنونها في البيان، واللغة المنقول إليها كذلك.

وعلى هذا، فابتكار المترجم يتجلى في ناحيتين:

أولاهما ـ في دقة الفهم للمعنى المنقول من اللغة الأجنبية، وتعمقه، والوقوف على مرامي المؤلف منه.

ثانيهما ـ في أسلوب وصيغ اللغة المنقول إليها، وهي مظهر لتلك المعاني، ووسيلة لأدائها، واستيفائها، فضلاً عن أنها انعكاس لشخصية المترجم المعنوية.

٣ ـ الصور الفكرية المبتكرة أثر للمَلَكة الراسخة.

وهذا مَلْحَظ دقيق تجب مراعاته في الاجتهاد في تأصيل الأحكام.

٤ ـ قولنا: العالم أو الأديب ونحوه، تعميم ليشمل إنتاج سائر العلوم التجريبية بفروعها المختلفة، والآداب والعلوم الإنسانية.

ثانياً: التكييف الفقهي لطبيعة الابتكار الذهني

أشرنا سابقاً إلى أن الابتكار الذهني صور معنوية مجردة، ولكنها أثر للملكة الراسخة في ذات المفكر، وتأسيساً على ذلك فهي تشبه منافع الثمرات[1]، بعد انفصالها عن أصولها التي كانت قائمة عليها، فكذلك الإنتاج المبتكر بعد انفصاله عن المؤلف، واستقراره في كتاب أو عين ترتسم فيها مظاهر هذه الصور الفكرية.

غير أن ثمة فارقاً جوهريًا بين منافع الإنتاج المبتكر، ومنافع الثمرات والأعيان من العقارات والمنقولات، من حيث النوعية والأثر.

١ ـ أما من حيث النوع، فمنافع العقارات من الأرضين والدور، وكذلك منافع المنقولات من الثمرات، والأثاث، والسيارات والحيوانات وما إليها، مصدرها هذه الأعيان، بخلاف المبتكرات الذهنية، فمصدرها الإنسان الحي العاقل المفكر بملكته العلمية الراسخة، أو العقل الإنساني المبدع، على الرغم من أن الأثرين يجمع بينهما جنس مشترك، هو كونهما أموراً معنوية، ومنافع عَرَضية.

٢ ـ أما من حيث الأثر، فلا جرم أن منافع الأعيان من العقارات والمنقولات والثمرات ـ وإن كانت كما يقول الإمام العز بن عبد السلام: هي «الغرض الأظهر من جميع الأموال»[2] بل هي المعيار في تقييم مصادرها ـ لكنها ـ على أهميتها ـ لا تسمو في نظرنا إلى مستوى الإنتاج الفكري من حيث الأثر الذي

---

(١) نقصد «بالتكييف» هنا ما يشمل الوصف الفقهي للشيء مطلقاً، تشبيهاً أو بياناً لطبيعته، فضلاً عن بيان ماهية العقد، أو التصرف بوجه عام.

(٢) «قواعد الأحكام»: (٢/ ١٧).

يُرى في توجيه الحياة الإنسانية، وتدبير أمرها، بما يُيَسِّر من أنجع الوسائل العلمية للانتفاع بكل ما في الكون من مصادر النفع، وإلّا رجعنا القهقرى إلى حالة وظروف الإنسان البدائي الأول، حيث المصادر هي المصادر، والأرض هي الأرض، وما فيها وما عليها كذلك، وإنما الذي اختلف هو «الفكر» فاختلف التدبير، وقامت الحضارة.

إذن منافع(١) الأعيان ـ بما هي المقصودة أوليًّا منها، بدليل أنها الغرض الأظهر منها، وأنها المعيار في تقييمها ـ لا ترقى من حيث أثرها وجدواها إلى مستوى الإنتاج الفكري المبتكر الذي هو معيار التفاضل بين الإنسان والإنسان، والأمة والأخرى شرعاً، لقوله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر: ٩](٢).

---

(١) من الفقهاء المُحْدَثين من أشار إلى تكييف طبيعية «المبتكرات الفكرية» من أنها لا تعدو كونها من «المنافع» تكتسب عند قراءتها في محالّها من الكتب والمصادر بقوله: «وإذا ما أردت القراءة في كتاب، فلا توجد المنافع المقروءة إلّا إذا فتحت الكتاب، ونظرت فيه، وتكون قراءتك فيه عند ذلك غير قراءتك فيه بعد ذلك، لاختلاف المقروء، واختلاف الوقت، وهكذا ترى أن المنافع أعراض تحدث ساعة فساعة عند طلبها واكتسابها. «المعاملات الشرعية» للشيخ علي الخفيف، ص: ٢٨.

(٢) قلنا: إن المبتكرات الفكرية والأدبية هي السبيل للارتقاء بالحياة إنسانيًّا وحضاريًّا؛ إذ من المعلوم أن جميع أوجه الحضارة المادية المتطورة، إنما هي ـ في الواقع ـ صورة مجسمة لتطبيق نظريات علمية، أو هي ما يسمى اليوم بالتكنولوجيا (التقنية)، يكمل بعضها بعضاً، بحيث تكون سابقتها مقدمة للاحق منها، أو تكون اللاحقة تصحيحاً لسابقتها. ولعظم هذا الأثر، كان العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة، بل هو من مقتضيات الفطرة، والدين هو الفطرة: ﴿فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ﴾ [الروم: ٣٠]. غير أن الإسلام إذ يقرر أن العلم من مقتضيات الفطرة الإنسانية السليمة، بقوله سبحانه: ﴿الرَّحْمَٰنُ ۝ عَلَّمَ الْقُرْآنَ ۝ خَلَقَ الْإِنسَانَ ۝ عَلَّمَهُ الْبَيَانَ﴾ [الرحمن: ١ ـ ٤] **«ولا بيان بلا فكر»**، ولقوله تعالى: ﴿عَلَّمَ الْإِنسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ﴾ [العلق: ٥] بخلق القوة المفكرة فيه، يحدد في الوقت نفسه نوعية «العلم» الذي يجب إعمال الذهن في تحصيله والابتكار فيه، وذلك بأن يكون «نافعاً» لقوله ﷺ: **«اللهم ارزقني علماً نافعاً»** بإطلاق، بالنسبة للعالم ولغيره، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾ [الأعراف: ٥٦] وليس المقصود الإصلاح العَقَديَّ فحسب، بل الإصلاح المادي والمعنوي في جميع شؤون الحياة، ولا يتم ذلك إلّا عن طريق العلم وإنتاج الفكر والإبداع فيه.

ويستخلص من هذا، أن الإسلام حريص على تحقيق «الوجود المعنوي للمسلمين على أرقى مستوى حضاري، وفي كل عصر، صُعُداً في درجات الكمال؛ لأن الوجود المادي المجرد ـ على أهميته ـ ليس =

ومما يؤكد كون الإنتاج الفكري ـ في نظر الإسلام ـ من قبيل المنافع، قوله ﷺ: **«اللهم ارزقني علماً نافعاً»**[(١)]، وقوله عليه السلام: **«إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلّا من ثلاث: صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له»**[(٢)].

فالحديث الشريف صريح الدلالة على أن العلم عمل، وأنه مصدر الانتفاع، وأن بالانتفاع المستمر بإنتاج العالم يكون استمرار عمله الصالح أبداً، بحيث لا تقطعه واقعة الموت، فالعلم إذن عمل هو مصدر للمنفعة شرعاً، يبقى أثراً خالداً بعد وفاة المؤلف، وانهدام ملكته العلمية بالموت[(٣)].

لا معارض من جهة الشرع لتقييم الإنتاج المبتكر عرفاً، لكونه مقصداً شرعيًّا قطعيًّا يجب تحقيقه:

وأيضاً، إذا لاحظنا أن العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة؛ لأن المناط وصف الإسلام، كان العلم مقصداً شرعيًّا قطعيًّا[(٤)]، وهو مصلحة معتبرة مؤكدة شرعاً، وذلك

= هو المقصد الأهم، وإلّا ما أُنزلت الشرائع، وأُرسل الرسل والأنبياء، هذا، والعلم المبتكر الضار المدمر لا يستقيم مع هذا القصد الجلل».

(١) أخرجه ابن ماجه: ٩٢٥، وأحمد: ٢٦٦٠٢، من حديث أم سلمة، وإسناده ضعيف.

(٢) أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة.

(٣) راجع مؤلفنا «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي»، بحث أنواع العام ص٣٨٩ وما يليها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨]، و«أصول التشريع الإسلامي» ص٤٩٣ وما يليها، طبع جامعة دمشق.

(٤) على أن فروع الاختصاص العلمي، مما تقتضيه مصلحة الأمة، وتنهض به مرافقها، هي من فروض الكفاية، بمعنى أن التكليف بها موجه ـ بادئ الأمر ـ إلى الأمة كافة، لتُعِدَّ لكل فرع طائفة من المكلفين، تصبح مسؤولة عن إقامته وتحقيقه على الوجه الأكمل، على وجه الخصوص، فهنالك إذن وجهان من التكليف في فروض الكفاية: وجه العموم، لتحقيق الاكتفاء الذاتي للأمة عامة، وقوامه تكليف الأمة عامةً ممثلة في الدولة، بإعادة المتخصصين، وتأهيلهم، وإمدادهم بما يعينهم على التحصيل العلمي من مظانه، وتزويدهم بالوسائل الملائمة والناجعة التي تقدرهم على أداء ما أُنيط بهم من مهام؛ ووجه الخصوص، وهو يتجه إلى المتخصصين فعلاً في كل فرع علمي، تحصيلاً وتنفيذاً وإفادة.
هذا، ولا تناقض بين التكليف العام والخاص، ولو كان مصدرهما خطاباً واحداً، لاختلاف الجهة، ونوعية التكليف، وهذا معنى قول الإمام الشافعي ﷺ: «صيغة وردت عامة، ويراد منها العموم، =

منفعة بلا ريب، فالعلم منفعة خالصة، أو سبب لها، وإلا ما كان فرضاً مطلوباً تحصيله على وجه القطع واليقين، واعتباره ـ في نظر الإسلام ـ أساساً للتفاضل بين الأفراد والأمم، كما قدمنا.

ولا بد من الإشارة إلى أن الإنتاج العلمي، إذ ينفصل عن مؤلفه ليطبع في كتاب أو نحوه، فإن الكتاب يصبح هو المصدر المادي الذي لا يسع القارئ أن يستوفي منافع هذا الإنتاج إلّا عن طريقه، ولهذا نرى أن الإنتاج العلمي المبتكر ـ بانفصاله عن صاحبه ـ يكون أقرب شبهاً بالثمرة المنفصلة عن أصلها، ونرى الإمام ابن تيمية يشبه هذه الثمرة المادية ـ ثمرة الشجر وما إليه ـ بالمنفعة[1]، من حيث إن المنفعة تُستوفى كالثمرة مع بقاء الأصل، ونحن بدورنا نشبه الإنتاج الفكري المبتكر بالثمرة التي تُستوفى مع بقاء أصلها، مع ملاحظة فارق أساسي بينهما، هو أن الثمرة المنفصلة عن أصلها لا يبقى لها بذلك الأصل صلة، بينما الإنتاج العلمي ـ بما هو ابتكار ناتج عن عقلية المؤلف العلمية المتخصصة، يبقى انعكاساً لشخصيته المعنوية، فصلته به قائمة بدليل تَقَرُّر مسؤوليته عما أنتج، دينيًّا، واجتماعيًّا، وسياسيًّا[2]، بل يبقى معياراً لتقديره أدبيًّا، وهذا هو «**الطابع الأدبي**»[3] للإنتاج الفكري، فضلاً عن كونه عنصراً تكوينيًّا لتراث الأمة عبر القرون.

أما الأعيان فلا يمكن انفصال منافعها عنها.

وهذا الفارق الجوهري جعل الإنتاج المبتكر بعد انفصاله عن المؤلف أشبه

= ولكن يدخلها الخصوص، وهو مقصود أيضاً» «الرسالة» ص: ٥٢، و٣٦٦، تحقيق الأستاذ أحمد محمد شاكر. وكتاب «الشافعي» للشيخ أبي زهرة ص: ١٩٤، و«أصول التشريع» للمؤلف ص٤٩٣، ٤٩٩، طبع جامعة دمشق.

(١) «القياس» لابن تيمية، ص٢٩ وما يليها.

(٢) أما المسؤولية الدينية، فعن إنتاج من تصدى للقول في الدين عن هوًى وعصبية، أو عن الابتداع في الدين بما لا يقوم على أصل مقرر فيه، أو عن التأويل المستكره لأصول ومبادئ ونصوص، لغرض غير شرعي، أو عن القول في العلم جهلاً، أو عن ابتكار علم ضار مدمِّر.

(٣) وهذا الطابع الأدبي أو التقديري بين العلماء لا يُرى في المنافع المادية المحضة.

بالثمرات منه بمنافع الأعيان، كما أن له أثراً على تعيين الوسيلة التي تُتخذ لتقديره نوعاً وكمًّا، على ما سيأتي تفصيله.

على أن «**الطابع الأدبي**» الذي يمثل شخصية المؤلف العلمية، لسنا بصدد البحث فيه؛ لأن بحثنا منصب أساساً على الجانب الآخر، وهو «**الحق المالي**» للمؤلف في إنتاجه الفكري(١)، لكنا رأينا وجوب الإشارة إلى ذلك، بغية التأكيد على هذا الفارق الهام من حيث التكييف الفقهي بين خصائص منفعة الأعيان المادية التي تستمد من الأعيان ذاتها، كالأرضين والدور والحيوانات وما إليها، وخصائص الإنتاج الفكري المبتكر التي تستمد من العقل الإنساني(٢) العلمي، نوعاً وأثراً.

---

(١) هذا، والمبتكرات الذهنية نسبية، بمعنى أن ما يعتبر إنتاجاً فكريًّا مبتكراً بالنسبة إلى عصر، قد يصبح أمراً مألوفاً في عصر لاحق، أو يظهر خَطَؤُه بنظرية لاحقة، وبذلك يثبت أن «العقل الإنساني» ينبغي أن يهضم جميع المبتكرات الذهنية السابقة على عصره، فيما اختص فيه من فروع العلم، ليمكنه أن يبتكر شيئاً جديداً ذا قيمة خاصة في ميدان هذا العلم حاضراً ومستقبلاً، فلا بد من تمثُّل المدركات العلمية السابقة، ليملك القوة على إضافة لبنة إلى صرح العلم الشامخ الذي يزداد شموخاً بتقدم التفكير العلمي، سواء أكان تجريبيًّا أم نظريًّا، فكلاهما يستقي من التجارب الإنسانية عامة، ولذا كان من المقرر أن حصيلة الإنتاج الفكري في عصرنا مدينة للتراث الإنساني السابق؛ لأنه لم ينشأ من العدم، أو لم يوجد في خواء أو فراغ.

وعلى هذا، فأصالة الفكر المبتكر نسبية لا مطلقة، كما أشرنا.

(٢) على أن معظم منافع الأعيان مردها إلى الإنتاج الفكري؛ لأنها تعتبر تطبيقاً له، أو تجسيداً للصور الذهنية فيه، كما يُرى في الآليات والمصانع، والأبنية، والجسور، ووسائل الزراعة الحديثة، والأجهزة الطبية وما إليها.

ولولا هذا الإنتاج الفكري في كل ميادين الحياة، تجريبيًّا ونظريًّا، لبقيت مصادر المنافع بدائية على حالتها الأولى، ولما فتحت سبل إصلاح الحياة الإنسانية، لتيسير وسائل العيش على وجه الأرض ماديًّا ومعنويًّا.

فالإنتاج الفكري المبتكر إذن هو أصل المنافع ومصدرها عملاً وواقعاً، بل هو أصل ما ينتفع به من وسائل مادية مستحدثة في كل عصر، وحينئذ يثور التساؤل: كيف يكون لهذه الوسائل المادية للمنافع قيمة مالية، ولا يكون لمصدرها الذي كانت تطبيقاً له، أو تنفيذاً مجسداً لصورته الذهنية المجردة، أيُّ قيمة مالية؟؟ وبدهي أن الجهد المبذول في إنتاج الأصل، لا يوازي الجهد المبذول في مجرد التطبيق أو التصنيع.

والخلاصة: أن طبيعة الإنتاج الفكري المبتكر ذات خاصتين:

أولاهما: أن الإنتاج الفكري انعكاس للشخصية العلمية للمؤلِّف المبتكر، كما أشرنا، وهي خاصة لصيقة بالذات، بل هي الذات المعنوية نفسها، وهي منشأ صلته به، ومسؤوليته عنه، فهي بمثابة الأصل الذي يُنتج الثمرات، ولكنه أصل معنوي، أو ما يعبر عنه بالمَلَكة الراسخة في النفس الإنسانية، وهي التي عبر عنها الأصوليون من علماء المسلمين بالعقل أو القريحة[1]، واشترطوا توفرها في المجتهد، أياً كان العلم الذي تخصص فيه.

والثانية: أنه ثمرة لجهود ذهنية مبذولة، انفصلت عن تلك الشخصية المعنوية التي هي الأصل، واتخذت لها حيزاً ومحلًّا، أو مصدراً ماديًّا مُشخَّصاً بحيث أصبح لها وجود مستقل، وأثر ظاهر، لا يمكن استيفاؤها أو تقديرها، كمًّا وكيفاً، إلّا عن طريقه.

وفرق بين الأصل والثمرة، من حيث الأحكام على ما سيأتي بيانه.

وإذا أمكن التمييز اعتباراً وواقعاً بين الأصل والثمرة، فإنه لا يجوز الخلط بينهما في البحث الاجتهادي، من حيث تأصيل الأحكام، ومدى تقبُّل طبيعة كل منهما لها، على ما سيأتي تفصيله، وعلى أساس هذا التكييف يكون الاجتهاد في ذلك التأصيل.

ثالثاً ـ موقع الإنتاج الفكري المبتكر والمنافع جملة من مفهوم المال شرعاً في الاجتهادات والمذاهب الفقهية

الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة أن المنافع أموال متقوّمة في ذاتها، كالأعيان، سواء بسواء، إذا كان مباحاً الانتفاع بها شرعاً.

وتأسيساً على ذلك، ترد عليها العقود الناقلة للملكية، وتُستردُّ من غاصبها عيناً، إن كانت قائمة، أو ضماناً (تعويضاً) إن هلكت أو استهلكت، بمعنى أنه تتقرر مسؤولية غاصب مصادرها أو محالِّها، ويجري فيها الإرث على الجملة.

---

(١) «المستصفى» للغزالي: (١/ ٥)، و«الفقيه والمتفقه» للبغدادي: (٢/ ١٨٠)، و«أعلام الموقعين» لابن قيم الجوزية: (١/ ٤٦).

وأما متقدمو الحنفية، فتعتبر المنافع ـ في اجتهادهم ـ أموالاً متقوِّمة أيضاً، بورود عقد الإجارة عليها، استثناءً، مراعاة للمصلحة العامة، وحاجة الناس إلى المنافع في حياتهم، بدليل ما لها من موقع في تعاملهم عرفاً، والعرف مستنده المصلحة والحاجة، ونزع الناس عن أعرافهم إيقاع لهم في الحرج، والحرج مدفوع في الدين. ﴿وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْۚ﴾ [البقرة: ٢٢٠] ولكنه سبحانه لم يشأ، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍۚ﴾ [الحج: ٧٨]. وذلك منطق الاجتهاد في مالية المنافع لدى متقدمي الحنفية[١].

وعلى هذا، فالعقد ـ في نظر هؤلاء ـ هو الذي يُكسب المنافع والمعنويات خصائص المال المتقوم شرعاً، لورود الشرع بذلك استثناء من القياس العام الذي أصّلوه هم باجتهادهم في «مالية الأشياء شرعاً» وهو وجوب توافر عنصري «العينية» و«القيمة» بشرط التقوُّم.

هذا، ومعنى «العينية» أن يكون الشيء ذا كيان مادي، ووجود خارجي حسِّي يمكن معه إحرازه، والسيطرة عليه، وبقاؤه[٢].

أما التقوم ـ في اجتهادهم ـ فمعناه أن يكون مباحاً الانتفاع به شرعاً[٣].

مناط مالية الأشياء ـ المادية والمعنوية ـ في اجتهادات المذاهب الفقهية:

أولاً ـ الفقه الشافعي:

«إن المال ما كان منتفعاً به.... وهو إمّا أعيان أو منافع[٤]... إلخ».

ويؤكد الإمام السيوطي عنصر «العرف»[٥] في اعتبار المالية؛ إذ يقول: «لا يقع

---

(١) «الأشباه والنظائر مع شرح الحموي»: (٢/ ٢٠٩ و٣٥٤)، و«المبسوط» للإمام السرخسي: (١١/ ٨ وما يليها).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) يلاحظ أن التقوُّم شرط للمالية عند الحنفية، وليس عنصراً ذاتيًا فيها.

(٤) انظر «قواعد الزركشي الشافعي» ص٣٤٣.

(٥) العرف في الشرع الإسلامي ـ بما هو مصدر من مصادر التشريع ـ هو منشأ الحق هنا حيث لم يرد نص، ما دام لا يصادمه نص خاص في موضوعه، أو قاعدة عامة قطعية، أو إجماع، كما أشرنا، ذلك لأن =

اسم المال إلّا على ما له قيمة، يباع بها، وتلزم متلفه، وإن قَلَّت، وما لا يطرحه الناس. . »[١].

ومفاد هذا، أن «العرف» هو أساس ثبوت مالية الأشياء شرعاً، لقوله: «لا يقع اسم المال إلّا على ما له قيمة» أي: بين الناس عرفاً، بحيث أضحى محُلًّا للمعاوضة «يباع بها».

وأما قوله: «وتَلزَمُ مُتلِفَه»، فهذا أثر لاعتباره ذا قيمة في العرف، وهو التعويض عن الإتلاف.

ويلزم عقلاً من كون الشيء ذا قيمة، أن يكون له منفعة؛ إذ لا قيمة لما لا نفع فيه، فلا يكون مالاً، ولهذا يطرحه[٢] الناس.

ومقتضى هذا التعميم المستفاد من قوله: «ما له قيمة» لأن «ما» من ألفاظ العموم، أن يشمل هذا التعريف المنافع والأمور المعنوية، إذا تعورف تقييمها بين الناس، وجرى ابتياعها، بأن أضحت محلًّا للاعتياض عنها.

= مستند العرف غالباً هو «المصالح الحاجية» التي هي من مقومات العدل في التشريع الإسلامي؛ إذ راعى الشارع تحقيقها وصيانتها في كثير من الجزئيات، ثبت ذلك بالاستقراء، وهي تلي «المصالح الضرورية» من حيث الأهمية الذاتية، ولكنها ـ في الوقت نفسه ـ تعتبر سياجاً منيعاً للمحافظة على أساسيات الشريعة من المصالح الضرورية الخمس المعروفة، وهي: الدين والنفس والعقل والنسل والمال».

راجع «مقاصد الشريعة» ـ «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢/ ٢ وما يليها).

وإنما أطلق عليها مصالح حاجية؛ لأن في مراعاتها دفع حرج بالغ، ومشقة غير معتادة، أو بمعنى آخر لأنها حاجات أساسية للناس في تعاملهم، لولاها لوقع الناس في حرج شديد، والحرج مدفوع في الدين. وقد أشار الأئمة من فقهاء المسلمين إلى كون العرف مناطاً لمالية الأعيان والمنافع والحق؛ كما رأيت.

(١) «الأشباه والنظائر» للسيوطي: ص١٩٧ ـ وهو شافعي المذهب ـ وقوله: وإن قلّت أي: قلت قيمة ما أُتلف.

(٢) ومفاد هذا أن ما لا يطرحه الناس، أي: يتمولونه، لمنفعته الباقية فيه. أما ما يطرحه الناس، فلا قيمة له عرفاً، وما كان كذلك لا يجري فيه التعامل، ومن ثم لا يكون مالاً شرعاً، إمّا لأنه لا منفعة فيه أصلاً، أو فيه منفعة ولكن محرمة، وإما لأنه كان ذا منفعة ، ولكن عينها قد بليت من كثرة الاستعمال حتى ذهبت منفعتها جملة.

وإذا أدركنا أن «القيمة» هي مناط المالية الثابتة عرفاً، وأن القيمة أساسها المنفعة، نتج عن ذلك أن «المنفعة» هي الأصل في التقييم والاعتبار، وهذا ما أكده الإمام العز ابن عبد السلام فيما نقلنا لك من قوله: «إن المنافع هي المقصود الأظهر من جميع الأموال»[١].

وأمّا قوله: «وما لا يطرحه الناس» فإشارة إلى أن الأعيان وإن نقصت منافعها، بكثرة الاستعمال، لما يصيبها من البلى، فإن عدم طرح الناس لها دليل على بقاء شيء من منافعها، وإن قلَّ، فتبقى ماليتها قائمة بقدر منفعتها الباقية، مما يدل قطعاً على أن المالية منوطة بالمنفعة وجوداً وعدماً، لا بالعين ذاتها.

ابن خلدون يصرح بأن الأعمال من المتموَّلات:

الأعمال اليدوية أو الهندسية وما إليها، ليست أعياناً، ولكنها من المُتَموَّلات، ويعتبر ابن خلدون اغتصاب قيمتها تسخيراً للمعتملين من أسباب فساد العمران، والانتقاض على الدولة، حيث يقول: «تكليف الأعمال، وتسخير الرعايا بغير حق، من أشد الظُّلامات وأعظمها في فساد العمران، وذلك أن الأعمال من قبيل المتَموَّلات... فإن الرعية المعتملين في العمارة[٢]، إنما معاشهم ومكاسبهم من اعتمالهم ذلك، فإذا كلفوا العمل في غير شأنهم، واتخذوا سُخريًا في معاشهم، بطل كسبهم، واغتُصِبُوا قيمة عملهم ذلك، وهو مُتَمَوَّلُهم»[٣].

ويلاحظ أن الإنتاج العلمي المبتكر عمل ذهني، بل قد ثبت في السنة كونه عملاً، فيكون متموَّلاً[٤].

---

(١) «قواعد الأحكام»: (٢/ ١٧).

(٢) وهذا على سبيل المثال لا الحصر، ويقاس عليه غيره.

(٣) «المقدمة»: (٢/ ٢٨٦ وما يليها).

(٤) ثبت ذلك بقوله ﷺ: «إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلّا من ثلاث: صدقةٍ جارية، وعلم ينتفع به، ... الحديث». [أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة].

ثانياً ـ وفي فقه الحنابلة:

«أن المال، ما فيه منفعة مباحة، لغير حاجة أو ضرورة، كعقار، وجمل، ودود قز، وديدان لصيد، وطير لقصد صوته كبلبل وببغاء... أما ما لا نفع فيه، كالحشرات، وما فيه نفع محرم، كالخمر، وما لا يباح إلّا لضرورة، كالميتة، وما لا يباح اقتناؤه إلّا لحاجة، فليس مالاً»(١).

ويستنتج من اجتهاد الفقه الحنبلي في مناط المال، ما يلي:

أ ـ أن المنظور إليه في مالية الأشياء ليس هو «عينية» الشيء المادي، بل منفعته وأثره، بدليل قولهم: «إن ما لا منفعة فيه، فليس بمال» أي: ولو كان شيئاً عينيًّا.

فمناط المالية إذن هو «المنفعة» لا «العينية» في حد ذاتها، وهو ما اتجه إليه الفقه الشافعي، كما رأيت.

فأما مصادرها أو محالها من الأعيان المادية، فهي التي بها يمكن أن تستوفى أو تحاز، أو تقدر؛ إذ لا قيام لها بنفسها.

يوضح هذا، أن «الديدان» أعيان في ذاتها، ولكنها ليست أموالاً، على الرغم من عينيتها؛ إذ لا نفع فيها، حتى إذا صارت تُتَّخذ طُعْماً في أشراك الصيد مثلاً، غدت حينئذ ذات قيمة مالية، لا بالنظر لعينيتها أو ماديتها، بل بالنظر لهذه المنفعة التي ظهرت لها، ولولا ذلك لبقيت من المحقَّرات التي يطرحها الناس.

وفي اجتهاد الحنفية ـ وهم أكثر الفقهاء اعتداداً بالعينية عنصراً مقوِّماً وحيداً للمالية ـ أن «هَوَامَّ» الأرض تصبح مالاً، وبالتالي محلًّا للملك إذا ظهرت منافعها في الدواء، ويلزم متلفها بالضمان (التعويض)، وغاصبها بالردِّ عيناً إذا كانت قائمة؛ لأنها ذات قيمة مالية عرفاً(٢).

وفي الواقع أن ذلك إنما كان نتيجة للإنتاج الفكري المبتكر أولاً، ثم جرى تطبيقه واقعاً في المختبرات الطبية، وفي العلاج عملاً، فأوجدت هذه المنافع العظيمة.

---

(١) «الإقناع»: (٢/٥٩)، و«المغني الكبير» لابن قدامة: (٥/٤٣٩).

(٢) «مجمع الأنهر»: (٢/١٠٨).

والسؤال الذي يفرض نفسه هنا، كيف يُتصور عقلاً ومنطقاً أن يكون لهذه الديدان أو الهوام قيمة مالية، ثم لا يكون «للعلم» الذي أنتجها أي قيمة مالية؟!

فالقيمة إذن منوطة بالمنفعة التي هي أصلها ومستندها، بل ومعيارها، ولا ريب أن المنفعة أمر معنوي لا يدرك إلّا بالعقل وحده، فحيث تكون المنفعة تكون القيمة، أي: تكون المالية.

وتأسيساً على هذا، يتسع هذا المناط أو القياس العام، ليشمل «كل نفع ذي قيمة بين الناس» إذا لم يكن محرماً الانتفاع به شرعاً، مما استلزم بالتالي جريان المعاوضة فيه عرفاً، أو كما يقول الفقهاء: «يجري فيه البذل والمنع» أي: محل للمعاوضة.

بل يتسع هذا «المناط» أو القياس العام، ليشمل كل شيء لم يكن مالاً في الأصل، أو كان محرماً لضرره من وجه، إذا ظهرت له منفعة فيما بعد من وجه آخر، أثراً لاكتشاف علمي، ما دام حكم المالية شرعاً يدور على ما للشيء من أثر ظاهر يتعلق بالنفع الإنساني العام، مما جعل الناس يتواضعون على تقييمه محلًا في مبادلاتهم المالية.

فأمصال اللقاح مثلاً، قوامها - في الأصل - جراثيم ضارة فتاكة، لكنها أصبحت اليوم «أموالاً ذات قيمة عالمية» بعد أن ظهر نفعها في مقاومة الأوبئة إذا جرى تصنيعها لتخفيف سمومها، بما تُحدث من أثر في الأجسام يكسبها مناعة ضد الإصابة بتلك الأوبئة، كالهَيْضَة (الكوليرا) والجُدَري، والطاعون، وما إليه، وهو نفع عظيم يتعلق بحفظ حياة الإنسان ووقايته من الفناء، والموتان[1]، وهو مقصد شرعي من الضروريات، وتُبنى عليه الأحكام قطعاً.

وكذلك الدم الآدمي، هو في الأصل محرم الاتجار به لمجرد الاتجار والكسب، صيانة للكرامة الإنسانية التي أرساها القرآن الكريم مبدأً دستوريًّا أصيلاً بقوله سبحانه: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠] لكن لما ظهر نفعه العظيم - علماً وواقعاً - في إنقاذ

---

(١) المَوتَان: الموت الذريع أثراً لوباء خطير مثلاً.

حياة جرحى الحروب الذين استُنزفت دماؤهم أثراً لجراحاتهم البالغة، واعتاد الناس تداوله دوليًّا، لِما أضحى له من قيمة، كان مالاً متقوّماً شرعاً، تخريجاً على هذا المناط العام، في مالية الأشياء في الفقه الإسلامي.

ومن هنا قرر الفقهاء: أن ملك المنفعة يستوجب حيازة العين التي تَقُومُ بها تلك المنفعة، ولا يقدح في هذا الأصل أن تكون المنافع غير قائمة بنفسها، بل بغيرها، ما دام ممكناً إحرازها بإحراز مصادرها، واستيفاؤها منها، كالدور والكتب، وما إليها.

جريان الملك في الأعيان والمنافع يستلزم ماليتها شرعاً:

وعلى هذا، تقرر أصل آخر في مالية المنافع شرعاً، يقضي بأن جريان الملك في الأعيان يستلزم ماليتها، مادام الانتفاع بها مباحاً شرعاً.

وجريان الملك في المنافع، يستلزم ماليتها شرعاً أيضاً على الراجح في الفقه الإسلامي المقارن. والمعاوضة أساسها الملك، وهي جارية عرفاً في الابتكار الذهني كما هو واقع ومشهود، فكان الابتكار الذهني مالاً لذلك.

وقد صرح بعض الباحثين من الفقهاء المحدثين، عن وجهة نظر الجمهور في «صفة المالية» في الفقه الإسلامي، ومناطها، بقوله: «ومن الفقهاء من صرّح بأن (المالية) ليست إلّا صفة للأشياء، بناءً على تمول الناس، واتخاذهم إياها مالاً ومحلًّا لتعاملهم، وذلك لا يكون إلّا إذا دعتهم حاجتُهم إلى ذلك، فمالت إليه طباعهم، وكان في الإمكان التسلط عليه، والاستئثار به، ومنعه من الناس، وليس يلزم لذلك أن يكون مادةً تدخر لوقت الحاجة[(١)]، بل يكفي أن يكون الحصول عليها ميسوراً عند الحاجة إليها غير متعذر، وذلك متحقق في المنافع، وفي كثير من الحقوق، فإذا ما تحقق ذلك فيها عُدَّت من الأموال، بناء على عرف الناس وتعاملهم»[(٢)].

وهذا رأي وجيه وتفقه جيد.

---

(١) وهذا رد على مذهب متقدمي الحنفية.

(٢) «الملكية» للشيخ علي الخفيف: (١/ ١٣)، الهامش.

وجرياً على مقتضى مناط المالية في الفقه الحنبلي، من أن «ديدان الصيد» تعتبر مالاً، بالنظر لمنفعتها المحدودة، من جعلها طعماً لاقتناص طائر، أو اصطياد سمك، فإن «المنافع الخاصة» ذات الأثر البالغ في حياة البشر ـ كالابتكار الذهني ـ ينبغي أن تكون مالاً من باب أولى؛ لأن من المقرر أصوليًّا أن الحكم يتأكد شرعاً، بمدى قوة تقرر مناطه فيما يشمله من وقائع[1].

والتفاوت شاسع بين الأثرين بداهة، بل لا يخفى ذلك على من له أدنى مُسْكَةٍ من عقل؛ إذ النفع في الحشرات والديدان أثرٌ محدود لمخلوقات تافهة، بخلاف الإنتاج الفكري المبتكر، فهو أثر لمجهود عقلي شاق ومضن، يبذله الإنسان الحي العاقل المفكر العالم، لتقويم وتدبير الحياة الإنسانية الفاضلة، باعتباره مُسْتَخلَفاً عن الله في الأرض.

سلمنا أن لها أثراً بالغاً، لكن ذلك نتيجة للبحث العلمي، والابتكار الذهني.

والخلاصة: أن المنفعة ـ في فقه الحنابلة ـ تعتبر أساساً للقيمة، والمالية، ولو كانت ترفيهية يسيرة الشأن، كما في تغريد بلبل، أو تصويت ببغاء، وهل هذا يقارن بالإنتاج الفكري المبتكر لجهابذة العلماء من حيث النوعية والأثر؟!

الشريعة الإسلامية معقولة المعاني والدلالات، ولا سيما في فقه المعاملات، والتفقه الأصيل ما كان صادراً عن تلك الدلالات والمعقولية في كل ما لم يرد فيه نص خاص ولا إجماع، ولا نظير يقاس عليه؛ لأنها روح التشريع ومقاصده التي أشار إليها الإمام العز بن عبد السلام باعتبارها أصلاً عامًّا قوامه جلب المصالح، ودرء المضار والمفاسد؛ إذ يقول: «ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح، ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع، ولا نص، ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك»[2].

---

(١) «أصول التشريع» للمؤلف ص٣٥٥ وما يليها.

(٢) «قواعد الأحكام»: (٢/ ١٦٠)، وراجع مؤلفنا: «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص١١٩، طبع مؤسسة الرسالة و«المغني» و«الشرح الكبير» في فقه الحنابلة لابن قدامة: (٥/ ٤٣٩).

ونفس الشرع هي روح العدل والمصلحة المعتبرة فيه، والإنتاج العلمي المبتكر مصلحة عامة حقيقية مؤكدة، بلا ريب، فتبنى عليها الأحكام تحقيقاً لها، وصوناً لحقوق أصحابها فيها.

ثالثاً ـ في فقه المالكية:

يقول الإمام الشاطبي في كتابه «الموافقات في أصول الشريعة»: «المال ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك»[١].

فالفلسفة التشريعية التي يقوم عليها مفهوم المال عند الإمام الشاطبي ـ وهو من أئمة أصول المذهب المالكي ـ أنه مجرد اعتبار أو وصف شرعي، لأن الملك في اجتهاد جمهور الأئمة مجرد علاقة اختصاص يقرها الشارع بين المالك ومحل الملك، وهذا ما صرح به القدسي في «حاويه»، حيث عرف الملك بأنه: «اختصاص حاجز».

ومن ذهب من الفقهاء والأصوليين إلى تعريف الملك بأنه: «حكم شرعي مُقدَّر وجوده في العين أو المنفعة..» لم يخرج عن المعنى الذي قال به الإمام الشاطبي، من قِبَلِ أن الملك مجرد اعتبار شرعي يقره الشارع، ومعلوم أن إقرار الشارع إنما يكون بحكم[٢].

---

(١) «الموافقات» الشاطبي: (٢/ ١٧).

هذا، والاستبداد هو الاختصاص والاستئثار بالمال، والاستحواذ عليه ماديًا، إن كان المال بطبيعته قابلاً لذلك، وإلّا فإن الاختصاص أو الانتماء يقوم مقام الحيازة المادية المباشرة إن كانت طبيعة المال تأباها، وحينئذ يكتفى بالحيازة غير المباشرة، وهي حيازة مصادر المال المعنوي الذي يقوم بها؛ إذ لا قيام له بنفسه.

الواقع أن الاستبداد على هذا الوجه يورث صاحب المال سلطة تقدره على منع الغير من التجاوز على ماله، والاعتداء عليه، والتصرف فيه تصرفاً نافذاً إلّا بإذنه.

هذا، ويتم الاستبداد أو الاختصاص بالابتكار الذهني اليوم، بتسجيله على اسم صاحبه، في أرقام مسلسلة، وإيداعه لدى الجهات المختصة في الدولة، وبذلك يحفظ حق مؤلفه فيه، وتثبت الحماية القضائية له، ولا جرم أن هذا أقوى أثراً في تحقق معنى الاختصاص الذي يمنع الغير من التجاوز على الحق، من الحيازة المباشرة في الماديات.

(٢) «الفروق» للإمام القرافي: (٢/ ٢٠٨)، و«الأشباه والنظائر» لابن نجيم، «الفن الثالث»، مع «حاشية الحموي»، باب الملك ص٣٤٦.

وهذه العلاقة التي أقرها الشارع بين المالك ومحل الملك، تورثه التمكين الشرعي من التصرف في الملك، فيصبح المالك متمكناً مما يملك لتمكين الشارع إياه، فالتمكين إذن هو مناط السلطات الثلاث، من التصرف والاستعمال والاستغلال، وبذلك يصبح بوسعه أن يمنع غيره من التجاوز أو الاعتداء على ماله، أو التصرف فيه تصرفاً نافذاً إلّا بإذنه، أي: أن العلاقة الشرعية (الملك) منحته القدرة على التصرف إيجاباً وسلباً، ومن عَرَّفه من الفقهاء[١] بأنه قدرة شرعية، فتعريفه بالأثر لا بالحقيقة؛ لأن الواقع أن القدرة أثر الملك لا عينه.

وإنما قيدت التصرف بكونه نافذاً، لإخراج الفضولي؛ إذ قد يتصرف في مال غيره بدون إذن منه ولا ولاية، ولكن نفاذ تصرفه موقوف على إجازة المالك عند بعض الفقهاء كالحنفية.

وهذا الاعتبار الشرعي الذي يقوم عليه مفهوم المال ـ في اجتهاد المالكية ـ هو مناط الصفة المالية للأشياء، مادية كانت أم معنوية، وبذلك يشمل الأعيان والمنافع وسائر الأمور المعنوية كالحقوق[٢]؛ لأن الحقوق كلها تقوم على أساس الملك؛ إذ الحق جوهره الاختصاص ـ كما علمت ـ والاختصاص جوهر الملك وحقيقته، وإلّا ما كانت حقوقاً بالمعنى الدقيق، بل مجرد إباحات[٣]، وإذا كانت الحقوق من قبيل الملك، فالحقوق أموال؛ إذ المال مرادف للملك في فقه المالكية، كما رأيت.

---

(١) «فتح القدير» الكمال ابن الهمام: (٥/ ٧٣ وما يليها).

(٢) الفقه المالكي أكثر المذاهب الفقهية اعتباراً لكون الحقوق من المال، إلّا ما كان لا يقبل التَّجزيء كالولاية وما إليها، كما سيأتي بيانه.

(٣) الفرق بين الحقوق والإباحات، أن الأولى تقوم على خاصة الانتماء والاختصاص، بحيث تحجز وتمنع غير صاحب الحق، من أن ينتفع به أو يتصرف فيه تصرفاً نافذاً إلّا بإذنه. أما الإباحات، وهي ما يطلق عليها اليوم «الحريات العامة» فهي ليست حقوقاً؛ إذ لا تقوم على عنصر الاختصاص، بل هي مجرد ترخيص وإذن عام بالانتفاع المشترك بين الناس، وعلى قدم المساواة، ولا يجري فيها التعامل، إذ ليس أحد من المباح لهم مالكاً حتى يتصرف فيما يملك، أي: ليس في مركز ممتاز قبل الكافة، كما هو الشأن في صاحب الحق، بل للمباح له أن ينتفع بالشيء المباح إباحة عامة، هو وغيره على السواء، إذ لا يملك أحدهم في المباح أكثر مما يملك الآخر، وإنما يملك المباح بالاستيلاء والحَوْز مع القصد إلى التملك، إذا كانت طبيعته لا تأبى ذلك، كالكلأ، والحطب في الغابة، والماء، والطيور، والحيوانات، من كل ما هو موجود في الطبيعة، ولم يسبق عليه ملك لأحد.

هذا، ومن المعلوم أن الإنتاج العلمي المبتكر، تجري فيه المعاوضة عرفاً والمعاوضة أساسها الملك، فكان مالاً؛ لأنه وقع عليه الملك بالمعاوضة، على حد تعريف الإمام الشاطبي الذي يفيد هذا التعميم في مفهوم المال حتى شمل الأعيان والمنافع والمعاني والحقوق عنده؛ لأن لفظ «ما» في قوله: «ما يقع عليه الملك» من ألفاظ العموم، كما تعلم.

هذا، والاختصاص أو الاستبداد الذي ورد في التعريف، لا يعني الحيازة المادية بداهة، وإن كان يقوم مقامها فيما تأبى طبيعته الاستحواذ المادي المباشر؛ لأن هذا لا يُتصور في الحقوق والمعنويات، بل مجرد «الانتماء» كاف في ثبوت حق الملك في الإنتاج المبتكر، وذلك بتسجيله على اسم مؤلفه، تحت رقم متسلسل لدى المراجع المختصة في الدولة، وإيداعه، وبذلك يُحفظ حقه فيه، وتثبت الحماية القضائية له.

تعميم معنى الملك على مفهوم المال عند الإمام الشاطبي، مخالف لما استقر عليه فقه المالكية في مالية بعض الحقوق:

ليس كل حق ـ وأساسه الملك ـ مالاً بالإجماع، وعند المالكية بوجه خاص.

فإذا ما أطلق الحق على ما ليس محله مالاً، وما لا تعلق له بالمال، كما أشار الإمام القرافي، أو على ضرب من الحقوق الشخصية المحضة، كالوكالة والولاية والوظيفة، مما لا يقبل التَجزِّي فلا يكون مالاً؛ إذ لا تعلق له بالمال أصلاً[1]، على الرغم من جريان الملك فيه.

---

(١) وقد يرد علينا «حق القصاص» فهو حق متقرر في محله، وليس حقًّا ماليًّا بالبداهة؛ لأن محله ـ وهو ذات القاتل ـ ليس بمال، ولا متعلقاً بمال، ومع ذلك جاز إسقاط القصاص نظير عوض مالي (الدية) بالنص، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ١٧٨].
ويجاب عن ذلك، بأن العوض المالي هنا إنما كان نظير الإسقاط، لحمل ولي القتيل عليه، مكافأة له، لا ثمناً للحق ذاته؛ لأنه ليس بمال، كما قدمنا، ونظيره حق التطليق؛ لأنه حق متقرر في محله، وهو الزوجة، وهي ليست بمال بداهة، وإنما جاز أخذ فدية نظير إسقاطه بالمخالعة، لا ثمناً لذات الحق، دفعاً للضرر عن الزوجة.
وعدم قبول التجزيء لا يعني عدم إمكان تمييزه وفرزه بل عدم تنصيفه مثلاً. «الحق والذمة» لأستاذنا المرحوم الشيخ علي الخفيف: ص٢٤، ص٣٧، و«بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/ ٢٤٠).

فهذا التعميم في تعريف الإمام الشاطبي لا يتفق وواقع المذهب المالكي، بل ولا مع الإجماع.

تعريف الإمام ابن عرفة للمال، وتفسيره له، ينطبق على الإنتاج العلمي المبتكر، ويؤكد معنى المالية فيه:

على أنّا نرى الإمام ابن عرفة يفسر «المنافع» بأنها أمور عقلية معنوية مجردة، لا حسية، وهي مالٌ كالأعيان، ورأينا هذا الإمام ـ وهو من مجتهدي المالكية الأعلام ـ يحدد مفهوم المال تحديداً بحيث يشمل الابتكار الذهني، ويؤكد هذا الشمول بوجه قاطع بما أتى به من تفسير لهذا التحديد، إذ يقول: «ظاهر المال إذا أُطلق يشمل العين والعَرَض».

وفسر «العَرَض» بكونه «منفعةً أو معنى لا يمكن عقلاً الإشارة إليه[1] حسًّا، إلّا إذا أضيف إلى مصدره، وأمكن استيفاؤه».

يقصِد بذلك أن «المنافع أو المعاني» من حيث ذاتُها، لا يمكن عقلاً أن يشار إليها حسًّا، إلا إذا نسبت إلى مصادرها التي تقوم فيها، كأن تقول: منفعةُ السيارة، أو منفعة الأرض، أو منفعة الدار، ويمكن استيفاؤها، بالاستعمال أو الاستغلال عن طريق ذلك المصدر.

هذا المناط متحقق في الابتكار الفكري، كما ترى؛ لأنه صور ذهنية أو معانٍ عقلية مجردة، لا قيام لها بنفسها، ولا يمكن الإشارة إليها حسًّا، من حيث ذاتها، إلّا بعد إضافتها إلى صاحبها ومصدرها الذي اتخذته حيزاً ماديًّا لها من كتاب ونحوه، فتقول مثلاً: هذا ابتكار خالد، أو تضيفها إلى الكتاب نفسه عنواناً له، بعد نسبته إلى المؤلف، وتشير إليه، فتقول: وهذه «رسالة الشافعي» في الأصول، أو هذا «أدب العقاد»، أو هذا تصميم مشروع هندسي للمهندس فلان، أو هذا كتاب الفيزياء للمؤلف فلان، وهكذا.

---

(١) «شرح حدود ابن عرفة» ص٣٨٠.

وبدهي أن الابتكار الفكري بعد إمكان الإشارة إليه حسًّا، لانفصاله عن صاحبه، واستقلاله عنه، واستقراره في كتاب أو عين، يمكن استيفاؤه، عن طريق الدراسة أو القراءة، شيئاً فشيئاً، كما هو واقع مشهود؛ لأن منافع الابتكار الذهني تستوفى عن هذه الطريق، وكذلك الرسوم الهندسية، مثلاً، يمكن أن تُستوفى عن طريق الدراسة، ثم التطبيق والتنفيذ، بعد انفصالها عن عقلية المهندس في خرائط وما أشبه، فتحقق مناط المالية فيها كما حدده الإمام ابن عرفة، دون لبس ولا إبهام، كما ترى[1].

ويشير ابن عرفة إلى الفرق بين المنفعة القائمة بالعين، بحيث يمكن الإشارة إليها حسًّا، ويمكن استيفاؤها، وبين ما لا يمكن استيفاؤه، فلا يعتبر بالتالي مالاً؛ إذ لا بد من إمكانية الاستيفاء شرطاً لاعتبار المنفعة مالاً.

فالصفة العلمية القائمة بالعالم من المَلَكة الذهنية، أو قوة الإدراك العلمية، ليست مالاً؛ إذ لا يمكن استيفاؤها في حد ذاتها؛ لأنها مجرد قوة أو قدرة عقلية قائمة في ذات العالم، وهو ما كنا أشرنا إليه، من أنها لا يمكن انفصالها، ولا استيفاؤها، وبالتالي لا تُورث للاستحالة، ولأنها تنهدم بموته، بخلاف «أثر» هذه القوة العلمية، أو المَلَكة، من الإنتاج العلمي، كما بينا.

ولا ريب، أن أثر الشيء ليس هو عين الشيء، كما نوهنا.

إذن يدخل الإنتاج الذهني المبتكر في مفهوم المال الشامل للمعاني العقلية دخولاً أوليًّا، كما حدده ابن عرفة، وَلِمَا أتى به من تفسير لهذا التحديد.

والإمام الشاطبي أكد هذا المعنى بأسلوب آخر، إذ جعل الملك «أساس المالية»، ومعلوم أن الملك لا يجري إلّا فيما فيه نفع، وما له قيمة عرفاً بداهة؛ لأنه اختصاص، ولا معنى للاختصاص بشيء لا نفع فيه ولا قيمة له، والملك معنى شرعي، أو مجرد علاقة معنوية شرعية.

فتلخص أن «الملك والمنفعة» كليهما معنيان شرعيان: أحدهما حق، والآخر مال.

---

(١) «شرح حدود ابن عرفة» ص٣٨٠.

وتبين أنْ لا أثر لاختلاف طبيعة محل الملك، على حقيقة معنى الملك شرعاً، في فقه الجمهور، بما فيهم متأخرو الحنفية، على ما سيأتي، فكانت كلها أموالاً إلّا ما استثني من ذلك، مما يحرم الانتفاع به شرعاً، أو كبعض الحقوق التي لا تقبل التَّجزيء.

هذا، وطبيعة سلطة الملك الممنوحة له شرعاً بمقتضى حق الملك[(١)]، على ابتكاره العقلي أو الأدبي، كطبيعة سلطته على أمواله العينية، سواء بسواء، مع الاختلاف في مداها، نظراً لطبيعة محلها، لا لذاتها، كما سنفصله قريباً.

رابعاً ـ منشأ حق الابتكار:

حق الابتكار منشؤه العرف، والمصلحة المرسلة المتعلقة بالحق الخاص أولاً، وبالحق العام ثانياً؛ لأن إقرار الشارع للحق إنما يكون بحكم، والحكم مستمد من مصادر التشريع التي منها العرف والمصلحة[(٢)].

---

(١) أي: أثراً لثبوت حق الملك، وهي سلطة الانتفاع والتصرف في محل الملك، وهذا أثرٌ للإباحة أو التمكين الممنوح للمالك من قبل الشارع، بمقتضى حق الملك، كما ذكرنا؛ إذ لا قيمة لإقرار الشارع لهذا الحق لصاحبه، وحمايته، إذا لم يمكّنه من التصرف، فالتمكين أثر ثبوت الحق شرعاً، وهو مناط ثبوت سلطات المالك في التصرف والانتفاع.

(٢) المصلحة ـ في الواقع ـ كما يقول الإمام الغزالي ـ مقصود الشرع، وغاية الحكم، أو حكمة تشريعه، مما يجلب نفعاً، أو يدفع ضرراً، وسميت مُرْسَلة لأنه لم يرد في الشرع نص خاص بها، يعتبرها، أو يلغيها، ولم تكن مستنبطة من نص خاص ورد في نظير لها، ولم ينعقد عليها بعينها إجماع، فبقيت هكذا «مطلقة» عن النصوص والأحكام الخاصة بها، وهذا هو معنى الإرسال. غير أنه لا بد أن يشهد لها نص عام، أو معنى عام، أو قاعدة عامة بالاعتبار، لتكون من الشرع، وإلّا كانت غريبة لا يُعتد بها.
هذا، والأصوليون يطلقون «المصلحة المرسلة» ويريدون سببها، لا عينها، مجازاً، ومعلوم أن سبب المصلحة هو الفعل، أو التصرف الذي من شأنه أن يحققها، والحكم الشرعي الذي يُبنى على المصلحة باعتبارها ثمرة الحكم وغايته، هو في الحقيقة متعلق بالفعل أو التصرف؛ لأن الأحكام تتعلق بأفعال المكلفين، فالمصلحة مجاز عن الفعل الذي سببها.
وعلى هذا، فالإنتاج المبتكر عملٌ ذهني، أو تصرف عقلي، يستمد حكمه شرعاً من المصلحة أو المنفعة التي تترتب عليه، وهي هنا النفع الإنساني العام، فكان واجباً بوجوب تحقيق هذه المصلحة العامة، ولذا سمي هذا الإنتاج مصلحة.

أما العرف، فواقع ومشهود، وهو عرف عالمي لا إسلامي فحسب، والعرف مصدر لنشوء الحق، أي: مصدر للتشريع، فيما لا نص فيه على الخصوص، إذا لم يصادمه دليل خاص بموضوعه من جهة الشرع يحرمه، ولم يوجد، بل الذي وُجد أن الشرع يفرضه، بل ويجعله[1] ميزاناً للتفاضل بين الأفراد، والشعوب، والأمم، بعضها قِبَلَ بعض، كما أشرنا.

وأما المصلحة المرسلة، فهي حجة شرعاً؛ لأنها ـ كما يقول الإمام الغزالي ـ مقصود الشرع، ولا ريب أن «العلم النافع» سبب لنفع عظيم شامل، فكان مقصداً شرعيًّا قطعيًّا ينبغي أن تُبنى على مثله الأحكام التي تقرر الحقوق الخاصة لمن أنتجه، وهو حق العالم، وهذه «المصلحة» هي التي اعتبرها الإمام العز بن عبد السلام: «نفس الشرع»[٢]، أي: روحه ومعقوله، وأساس العدل فيه.

وأما كون هذه «المصلحة» متعلقة بالحق العام أيضاً، فلأن العلم تتعلق به مصلحة عامة، ونفع حقيقي مؤكد للأمة، بل للمجتمع الإنساني كله، بلا مراء.

وبالمقارنة بين الحقين: حق المؤلف المبتكر، وحق الأمة في العلم النافع، يبدو لنا أن الأول لا يعدو أن يكون ماليًّا من وجه، وأدبيًّا اعتباريًّا لشخصية المؤلف العلمية من وجه آخر، كما قدمنا، بخلاف الثاني، فإنه حق متعلق بالنفع العلمي المعنوي الخاص.

وتأسيساً على هذا، لم يعد حق المؤلف فيما ابتكره حقًّا فرديًّا خالصاً له، لا يَشْرَكُهُ فيه أحد، بل هو مشوب بحق عامة المسلمين، بل والناس أجمعين، وهذا هو حق الله تعالى[٣] في كل حق فردي.

---

(١) ولا يرد علينا أن ما يفرضه الشرع قد ورد فيه نص، فلا يكون حينئذ مصلحة مرسلة؛ لأنا نقول: إن كون «العلم» بوجه عام، مفروضاً تحصيله شرعاً، أو إنتاجه، شيء، وتقرير الشرع «للحق المالي» للمؤلف شيء آخر، وهذا الأخير هو ما نحن بسبيل البحث فيه، ولم يرد فيه نص خاص به.

(٢) «قواعد الأحكام»: (٢/ ١٦٥).

(٣) حق الأمة إنما سمي «حق الله تعالى» ونسب إليه سبحانه ـ كما يقول الأصوليون ـ لعظيم خطره، وشمول نفعه؛ لأن الله تعالى لا مصلحة له في هذا الحق، بل منزه عن المنافع، وغني عن العالمين. «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» للمؤلف ص٧٠.

والواقع، أن المصلحة المرسلة المتعلقة بالحق العام والخاص، هي مستند العرف الصحيح؛ شرعاً، لأن الناس بطبيعتهم لا يتعارفون، ولا يتعاملون إلّا فيما فيه نفع ومصلحة لهم، والشرع يُقرُّ ذلك ما دام لا يتعارض وتعاليمه، تحقيقاً لمصالحهم.

إذا تقرر هذا، فإن عدم اعتبار «مالية الإنتاج العلمي» وما يترتب على هذه «المالية» من حق الملك فيه للعالم الذي ابتكره، يفضي غالباً إلى انقطاع العلماء عن الاستمرار في الابتكار والإنتاج، وهذا مآل ممنوع شرعاً؛ لأنه إهدار للصالح العام، فضلاً عن الصالح الخاص، ولأنه مقصد شرعي قطعي، وهدمه مناقضة لإرادة المشرع الحقيقية، وهذا باطل، لا يجوز المصير إليه بحال، فوجب أن تُسَدَّ الذريعة إلى هذا المآل، وذلك باعتبار ماليته، تأكيداً لتحقيق هذا «المقصد» في واقع المجتمع الإسلامي، بل وللصالح الإنساني العام، فيتأكد حكم الحق المالي للمؤلف بمدى قوة تقرر المصلحة التي بني عليها هذا الحق.

وأيضاً، انتفاء «الحق المالي» للمؤلف، يناقض مقتضى الأصل العام في التشريع الإسلامي، من أن «لكل إنسان حقَّه» الكامل في ثمرة مجهوده الذاتي لا يجوز بخسه، ولا المماطلة في أدائه، فضلاً عن هضمه، والافتئات عليه؛ لأن هذا ضرب من أكل أموال الناس بالباطل، وهو محرم بالنص، وقد سبق أن بينا أن الشرع يعتبر العلم النافع عملاً، بل ومن أجَلِّ الأعمال[1]، وحق الإنسان في عمله أمر ثابت من الدين بالضرورة.

---

(١) لقوله ﷺ: **«إذا مات ابنُ آدم، انقطع عملُه إلّا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به... الحديث»** [أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة].

لقوله تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ۝ وَأَنَّ سَعْيَهُۥ سَوْفَ يُرَىٰ ۝ ثُمَّ يُجْزَىٰهُ ٱلْجَزَآءَ ٱلْأَوْفَىٰ﴾ [النجم: ٣٩ ـ ٤١] ولا يلزم من نوال الإنسان أجره في آخرته، حرمانُه من حقه في دنياه، وإلّا أدى ذلك إلى انقطاع الحقوق، واختلال نظام المعايش.

ولقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا۟ ٱلنَّاسَ أَشْيَآءَهُمْ﴾ [الأعراف: ٨٥]، فأكل الحق جملةً محرم من باب أولى، والشيء أعم من أن يكون مادة أو معنى، كما علمت.

ولقوله ﷺ: **«أعطوا الأجير حقه، قبل أن يجف عرقه»** [أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤٣]، والبائع كالأجير؛ لأن مناط حكم المبادرة إلى إعطاء الحق كاملاً هو تقرُّره لكلٍّ منهما.

خامساً ـ حق الملك في الإنتاج العلمي المبتكر، حق عيني مالي متقرر لا مجرد:

حق المؤلف في إنتاجه الفكري المبتكر حق عيني مالي متقرر، وليس حقًّا مجرداً، ذلك لأن علاقة المؤلف بإنتاجه الفكري علاقة مباشرة وظاهرة من ناحيتين:

إحداهما: كونه انعكاساً للشخصية العملية للمؤلف، وهي منشأ مسؤوليته عنه، وهذا هو الطابع الأدبي للإنتاج العلمي، كما بيّنّا.

الثانية: كونه ثمرةً منفصلة عن شخصيته المعنوية هذه، حتى اتخذت لها حَيِّزاً ماديًّا، كالكتاب ونحوه، به تُستوفى، وتُقدَّر، ويظهر أثرها، ووجودها المستقل.

أما كونها علاقة مباشرة، فلأنه لا يتدخل فيها شخص آخر معين، كما يُرى في حق الدائنية مثلاً، بل هي علاقة منصبة مباشرةً على الإنتاج ذاته، فكانت لذلك حقًّا عينيًّا متقرراً، وفي هذا المعنى يقول بعض الباحثين: «أما الحقوق المعنوية ـ حقوق الابتكار ـ فهي التي تَرِدُ وتنصبُّ مباشرةً على أشياء معنوية ـ صورة ذهنية ـ لا تدرك بحاسة من الحواس، بل بالعقل وحده»[1].

وأما كونه حقه ماليًّا، فلأن محله مال، في فقه الجمهور، ولا سيما المالكية.

وأما كونه حقًّا متقرراً لا مجرداً، فلأن من المعلوم أن الحق المجرد لا يتغير حكم محله بالإسقاط، والنزول عنه، وهنا يتغير، ألا ترى أن المؤلف إذا أسقط حقه المالي في إنتاجه قِبَلَ الناشر أو غيره، أصبح الإنتاج مباحاً بعد أن كان ملكاً حاجزاً لا يحق لأحد الانتفاع به، والتصرف فيه تصرفاً نافذاً إلّا بإذنه؟

إذن تغير حكم محل الحق شرعاً بالإسقاط هو دليل التقرر[2]، فضلاً عن أن محلَّه مال.

هذا، وحق الملك في المنقول[3] يقبل الإسقاط عند بعض الفقهاء من الحنفية والمالكية والإمام أحمد.

---

(١) «الملكية»: للشيخ علي الخفيف، (١/ ١٦)، وقوله: تنصبُّ مباشرة، إشارة إلى أنها حق عيني.

(٢) والتقرر قد يكون في محل هو مال، أو في محل ليس بمال، فحق القصاص مثلاً متقرر في رقبة القاتل، وهو ليس بمال، وبإسقاط الحق يتغير حكم المحل، فيصبح القاتل معصوم الدم بعد أن كان مُهْدَرَه.

(٣) المرجع السابق.

سادساً ـ مدى قبول حقوق الابتكار ـ للانتقال بالمعاوضة أو الإرث أو الإيصاء شرعاً، والأساس الفقهي لذلك:

وإذا ثبت أن حق المؤلف في إنتاجه الفكري المبتكر هو حق عيني مالي متقرر، فإن من أبرز خصائص الحق المالي قبوله الاعتياض عنه، وجريان الإرث فيه، وإلزام مغتصب محله برده عيناً، إن كان قائماً، أو متلفه بالتعويض والضمان.

فتخريجاً على هذا القياس العام في فقه الجمهور ـ ولا سيما فقه المالكية ـ يدخل حق الإنتاج العلمي المبتكر دخولاً أوليًا في المفهوم العام للحق المالي وما يترتب عليه من أثر، من ناحيتين:

أولاهما: من ناحية كونه مالاً، إذ هو منفعة من أعظم المنافع؛ لأن مصدرها الإنسان العالم المفكر المبدع، وهي منفعة قد جرى العرف الإنساني العام ـ ولا سيما الإسلامي ـ باعتبارها ذات قيمة، بدليل جريان المعاوضة فيها، والمعاوضة أساسها الملك.

فكانت بذلك محلًا للملك، والملك مال في فقه المالكية، كما علمت.

وهذا هو عين ما اتجه إليه الفقه الحنبلي والشافعي، باعتبار أن كل ما له قيمة بين الناس عرفاً، فهو مال، ما دام لم يصادمه دليل خاص من جهة الشرع.

الثانية: من ناحية كونه حقًا تنهض به هذه العلاقة المباشرة الظاهرة التي أقرها الشارع بين المؤلف وإنتاجه المبتكر، بدليل تقرر مسؤوليته عنه، ولا يسأل شخص عما لا علاقة له به، سواء أكانت تلك المسؤولية دينية أم سياسية أم اجتماعية أم علمية، باعتباره ثمرة لجهوده الفكرية، وانعكاساً لشخصيته العلمية التي قضى في تكوينها معظم سني حياته، وأنفق من أجلها نفيس أمواله.

وإذا تقررت علاقته بإنتاجه مباشرة، ومسؤوليته عنه، واختصاصه به، فالحق علاقة اختصاصية مباشرة يقرها الشارع، كما علمت، وإقراره بحكم، ومصدر حكم الشارع هنا هو العرف المعتبر؛ لأن العرف من مصادر الشريعة، وأساس هذا العرف هو المصلحة، كما بينا.

فبالنظر لكون العلاقة مباشرة، أقرها الشارع، كان الحق عينيًا[١].

وبالنظر لكون محله مالاً ـ أي: منفعة ذات قيمة عرفاً ـ كان حقًا ماليًا متقرراً، فنتج عن ذلك أن حق التأليف حق عيني مالي[٢].

على أن الحقوق المالية المتقررة في محل هو مال هي في ذاتها منافع أيضاً، والمنافع أموال، تجري فيها المعاوضة[٣]، ما عدا ما استثني، كما قدمنا.

ومن هنا يُرى أنه يستوي في الوضع الشرعي ـ في فقه المالكية، والحنابلة، والشافعية ـ أن يكون محل الحق العيني المالي عيناً أو منفعةً، أو معنىً، أو حقًا؛ لأن كل أولئك منوط بالمنفعة المتقوّمة شرعاً.

واختلاف طبيعة محل الحق من كونه مادة أو معنى ـ ليس بذي أثر على كُنْهِ وحقيقة العلاقة الاختصاصية بين صاحب الحق ومحله، والتي تنهض بمعنى الملك، فالملك يجري في كل أولئك.

فمعنى الملك لا يتغير باختلاف طبيعة محله.

---

(١) يتحقق مفهوم الحق العيني في الفقه الإسلامي لا في خصوص الأعيان المالية فحسب، بل في المعاني، كما في ملك المنافع، وفي الأعيان غير المالية، كحق الطلاق؛ لأن محله الزوجة، وحق الحضانة؛ لأن محله القاصر، وبذلك يُرى أن ليس كل حق عيني في الفقه الإسلامي حقًا ماليًا، بخلاف القانون.

(٢) ثمة حق عيني غير مالي، كحق الحضانة؛ لأنه علاقة مباشرة بين الحاضن والطفل، وهو ليس بمال، فضلاً عن كونه حقًا لا يقبل التَّجزيء.

يطلق فقهاء القانون الوضعي على العلاقة المباشرة بين الشخص والشيء الذي هو مال، بحيث تورثه سلطة مباشرة عليه، يقرها القانون، اسم الحق العيني، وهو في اجتهادهم ـ لا يكون إلّا حقًا ماليًا، أو ذا قيمة مالية، فضلاً عن أنه يشترط أن يكون محله عيناً، أي: شيئاً ماديًا، بخلاف الفقه الإسلامي، فإن الحق العيني قد لا يكون ماليًا، إذا لم يكن محله مالاً، كحق الحضانة، كما أنه لا يشترط في الحق العيني المالي أن يكون محله عيناً بل قد يكون منفعة أو معنى.

(٣) «الميراث المقارن» للشيخ عبد الرحيم الكشكي ص٧٤.

السلطات الثلاث ـ من الانتفاع الشخصي (الاستعمال) والاستغلال، والتصرف (المادي والقولي الشرعي) ثمرة حق الملك لا عينه:

ثمرة الشيء ليست ذاته، وإن كانت هذه السلطات الثلاث مظهراً ماديًا للملك، لا كنهه، ذلك لأن العلاقة الاختصاصية التي هي جوهر الملك أمر اعتباري ثبت بحكم الشرع، ولا يدرك إلّا بالعقل، ولكن ظهور المالك في ممارسته لهذه السلطات الثلاث على ملكه، مظهر مادي، لكن ثبوتها ليس مناطاً لوجود الحق نفسه، بل العكس هو الصحيح؛ إذ الحق مناط وجودها، أثراً له.

على أن التمكين من التصرف هو ـ في الواقع ـ مناط لثبوت السلطات الثلاث، كما بينا، والتمكين أثر حق الملك ومقتضاه كما يقول القرافي[(١)]، فالسلطات الثلاث هي أثر الأثر.

هذا، ويطلق الفقه الوضعي على هذه السلطات لفظ: «مضمون الحق أو مزاياه أو مَكِناته»[(٢)].

عدم تغير معنى الملك شرعاً، من حيث هو علاقة اختصاص يقرها الشارع، باختلاف طبيعة محله، مما يؤكد معنى الملك كَمَلاً في الإنتاج المبتكر لمؤلفه:

إن مما يؤكد معنى الملك كَمَلاً في الإنتاج الفكري المبتكر لمؤلفه، أن اختلاف طبيعة محله لا يؤثر على معنى الملك فيه، سواء أكان محله عيناً أم منفعة أم أموراً معنوية، ما دامت قائمة في عين يمكن استيفاؤها منها، وتقديرها بها، لوجود

---

(١) «الفروق» للقرافي: (٢/ ٢٠٨)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي ص٣٤٠.

(٢) يعرف الدكتور السنهوري ـ رحمه الله ـ الملكية بأنها: حق الاستئثار باستعمال الشيء وباستغلاله، وبالتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون، وهذا تعريف ينصب على أثر الملك أكثر مما يحدد حقيقته، فالاستئثار بالسلطات التي هي مزايا الملك، آثاره المترتبة على وجوده وثبوته؛ لأن علاقة الملك، وهي علاقة معنوية اختصاصية بمحله ـ كما علمت ـ توجب بدورها اختصاصاً واستئثاراً بمزاياه وسلطاته؛ لأن الاختصاص الحاجز يقضي أن يكون المالك مستأثراً بسلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، وهي سلطات تُثبت مقتضى للملك، كما ذكرنا. «الوسيط»: (٨/ ٤٩٣).

المقتضي، وانتفاء المانع[١]، فمعنى الملك ومناطه ثابت كملاً، ولا مانع من جهة الشرع في الاعتياض عنه.

ويُرى أن الشارع الحكيم ـ بالنسبة للأشياء التي لا توجد إلّا على وضع معين ـ لا يشرع أحكاماً أو يضع شروطاً لا تتفق وهذا الوضع؛ لأن الحكم الشرعي لا يغير من طبائع الأشياء، بل الأحكام الشرعية أوصاف واعتبارات معنوية شرعية تتعلق بالأفعال لا بالذوات[٢]، ولذا لم يجئ التشريع الإسلامي ضدًّا عليها؛ إذ لا يتعلق بذلك مقصد شرعي، إن لم يكن ذلك ضرباً من العبث، والعبث لا يشرع، بناء على القول بالمصالح، أو سبباً في إهدار المصالح؛ لأن إهدارها مفسدة، والشريعة إنما جاءت لجلب المصالح، ودرء المضار والمفاسد، بل يَرى الخبير بأسرار التشريع الإسلامي أن فلسفته تقوم على إمكانية تطبيق أحكامه، وتحقيق مقاصده في الوجود، فلا تكليف إلّا بمقدور، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، ولا يمكن تطبيق أحكام تُضادُّ طبائع الأشياء.

ومن هنا كانت «مالية» المنافع والأمور المعنوية جاريةً على سَنَنِ القياس لا على خلافه[٣]، أو استثناءً منه؛ لأن المنافع والمعنويات بحكم طبيعتها، لا توجد إلّا على ما هي عليه، والشارع الحكيم إنما يُسبغ عليها وصفاً شرعيًّا في المعاملات، تحقيقاً لمصالح الناس فيها، فلا يتطلب ولا يشترط أن تكون على غير حقيقتها ووضعها الذي تقوم به، وتتحقق في مواقع الوجود، وهذا ما ذهب إليه الجمهور.

فالحكم الشرعي في الخمر مثلاً، لا يغير من طبيعتها، وكونها مسكرة، بل يُسبغ عليها وصف الحرمة التي تتعلق بالفعل.

مناط الملك يثبت ولو انتفت إحدى سلطاته، أثراً لطبيعة محلّه:

على أنه قد يقال: إن «حق التأليف» بما هو ملك، أو حق مالي متقرر، يورث

(١) والمانع من مثل الغرر، والربا، وأسباب المنازعة، وانتفاء مشروعية المحل.

(٢) لأن الحكم أصوليًّا هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين... لا بالذوات كما تعلم.

(٣) سنن القياس، بفتح السين والنون: هو مقتضى القاعدة العامة المطردة.

صاحبه السلطات الثلاث، من الاستعمال والاستغلال والتصرف، كما أسلفنا، وهي شُعَبٌ متغايرة في مفاهيمها تصوراً ووقوعاً، فإن المؤلف لا يُتَصوَّر أن ينتفع بإنتاجه الفكري استعمالاً، أو انتفاعاً شخصيًّا معنويًّا، فإذا سقط عنصر من مضمون الملك، أو سلطة من سلطاته، فهل يبقى قائماً؟

والرد على هذه الشبهة سهل ميسور؛ إذ الملك في جوهره ـ كما قدمنا ـ علاقة اختصاصية، أو حكم شرعي مُقَدَّر في العين أو المنفعة، كما يقول الإمام القرافي[1] في «فروقه»، والإمام السيوطي في «نظائره»[2]، ذلك هو مناط الملك، وأما السلطات فآثار الملك، لا عينه، كما قدمنا، والشأن في الملك أن تكون له هذه الآثار جميعاً، لكن ثبوت هذه الآثار جميعها ليس مناطاً لثبوت الملك نفسه، فالملك يثبت بأحدها ما دام قد تحقق مناطه وهو الاختصاص، ألا ترى إلى حق المرور، هو حق متقرر لمنفعة عقار على عقار آخر، يورث صاحبه سلطة الاستعمال فقط، دون الاستغلال، وكذلك الموقوف عليهم للسكنى، يثبت لهم حق الاستعمال دون الاستغلال، وهذا لا ينفي أن يكون لهم حقٌّ في ملك المنفعة على هذا الوجه، فلا أثر إذن لتخلُّف ثمرة من ثمرات الملك على ثبوت معنى الملك نفسه كاملاً، فإذا كان الشأن في الملك أن تثبت سلطاته الثلاث جميعاً، لكن ذلك ليس من مستلزماته[3].

وبذلك يثبت للمؤلف حق الملك في إنتاجه المبتكر، على الرغم من تخلف سلطة من سلطاته بالنظر إلى طبيعة محله.

حق المؤلف في إنتاجه الفكري نوع خاص من الملك ذو خصائص ذاتية مستمدة من طبيعة محله باعتباره أفكاراً ذهنية مجردة:

١ ـ ودليل ذلك ما يلي: أنّ حق الملك في الأعيان دائم، وفي المنفعة الأصل فيه التوقيت.

---

(١) «الفروق» للقرافي: (٢/٢٠٨ ـ ٢٠٩).

(٢) «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص٣٤٠ وما يليها.

(٣) لأن الملك سبب يُمكّن صاحبه من التصرف استعمالاً واستغلالاً ومعاوضة بحسب طبيعة محله، فالتمكين أثر الملك، والتمكين هو علة ثبوت السلطات الثلاث، كما أشرنا.

٢ ـ أن الملك في الأعيان مطلق، وفي المنافع يتقيد بالزمان[1]؛ لأنه معيار من معايير تعيين مقدارها، وبالمكان، والصفة، والنوع، للتعريف بما يملك من المنفعة، ونوعها، وكيفية استيفائها، لعدم قيامها بنفسها.

بخلاف ملك العين، فإنه دائم مطلق، ومتميز محدَّد، ومستجمع لصفاته؛ لأنه قائم بنفسه.

وتتلخص الفروق بين الحق العيني الذي محله عين، وبين حق الابتكار الذهني الذي محله صور ذهنية مجردة، فيما يلي:

١ ـ من حيث طبيعة المحل. وقد سبق القول فيه.

٢ ـ من حيث الديمومة، فملك العين دائم ومطلق، وذلك مؤقت، وسنأتي على تفصيل ذلك، وبيان أساسه.

٣ ـ من حيث السلطات، تثبت لملك العين سلطاته الثلاث مبدئيًّا، وتتخلَّف سلطة الاستعمال في حقوق الابتكار، بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لمحل هذه الحقوق.

لذا، أمكن القول بأن مناط المال وجوهر الحق، متحققان في حق الابتكار، مع ملاحظة الفروق التي نشأت عن الطبيعة الخاصة لمحل هذا الحق.

وهكذا ترى أن الشارع يسير في تشريعه وفق طبائع الأشياء، ويشرع شروطاً وأحكاماً متفقة معها، فينشأ لها خصائص ذاتية، تبعاً لطبيعة ذلك الشيء، وإلّا فلم كان التقييد بما ذكر في ملك المنفعة دون ملك العين؟

وتأسيساً على ذلك، لا يطبق القياس العام في ملك العين على ملك المنفعة على ما اتجه إليه متقدمو الحنفية دون مراعاة الفروق الأساسية بين طبيعة كلٍّ من محليهما؛ لأن التشريع كما قلت لا يكون ضدًّا على طبائع الأشياء؛ إذ لا يتحقق بذلك مقصد شرعي، بل فيه إهدار للمصالح والحقوق، وهذا لا يتصور من الشارع الحكيم.

---

(١) وقد تتقيد بالمسافة مثلاً، أو بتحديد نوع العمل، أو بغير ذلك، على ما يقضي به العرف.

وعلى ضوء ذلك، يمكنك تقدير القياس العام في المال عند متقدمي الحنفية، وأن تدرك لم أخذوا يخالفون عن مقتضاه بالاستثناءات[١] بالنسبة للمنافع، على النحو الذي أشرنا إليه؟

السبب في ذلك هو التعميم التجريدي دون مراعاة الفروق الجوهرية الواقعية.

هذا، وعلى الرغم من كون ملك المنفعة يتقيد بالزمان، لكنه يقبل ـ عند الجمهور ـ الانتقال بالإرث، كملكية الأعيان سواء بسواء[٢]، وبالإيصاء؛ لأن الإيصاء تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، كالوصية بالمنفعة، وهذا ملكٌ محله مال، والمال يورث، ويجوز فيه التصرف حالاً أو مآلاً.

الملك الذي يجري في منافع الإنتاج الذهني أقرب شبهاً بالملك الذي يجري في الثمرات المادية والأعيان، منه بالمنافع:

على أن الملك الذي يجري في منافع الإنتاج الذهني، هو أدنى شبهاً بالملك الذي يجري في الأعيان والثمرات المادية منه بمنافع العقارات من الدور والأرضين، وسائر المنقولات؛ لأن هذه الأخيرة ليست منافعها قائمة بنفسها، بل تقوم بأعيانها، ولا يتصور انفصالها عنها، بينما يُرى الإنتاج الفكري ينفصل عن صاحبه، ويتخذ مظهراً له في النماذج المطبوعة من الكتب والمجلات، والرسومات، والأعيان، فأصبح أقرب شبهاً بالثمرات المادية المنفصلة عن أصولها، ولهذا التكييف أثر في تحديد نوعية الحق، وتعيين وسيلة تقدير محله، وتحديد ماهية العقد الذي يرد عليه، على ما سيأتي في تفصيله.

---

(١) المرجع السابق، «المبسوط»: (١١/٧٨).

(٢) القياس العام أن المال لا يكون إلّا عيناً يمكن إحرازها وبقاؤها وادخارها لوقت الحاجة، وأن المنافع لا تتقوم إلّا بالعقد عليها، عند الحنفية، ويتفرع عن هذا أن المنافع ليست أموالاً في ذاتها، فلا تضمن بالغصب، واستثنوا من ذلك غصب مال اليتيم، والمعدّ للاستغلال، وغصب مال الوقف، استثناء اقتضته المصلحة. «المبسوط» للسرخسي: (١١/٧٨)، و«مجمع الأنهر» للداماد: (٢/٨٢)، و«رد المحتار»: (٤/٣ و١٠٥)، و«البحر الرائق»: (٥/٢٥٦ ـ ٢٥٧)، و«الأشباه والنظائر»: لابن نجيم مع «شرحه» للحموي: (٢/٢٠٩).

إيجاب الفقهاء حيازة العين التي تقوم بها المنفعة، حيث لا يكون ثمة سبيل إلى استيفائها إلّا عن طريق تلك العين دليل بيّن على مراعاتهم لطبيعة المنفعة، ولوضعها الذي وجدت عليه في مواقع الوجود:

قرر الفقهاء أن «ملك المنفعة» يستوجب حيازة العين التي تعلق بها، عندما لا يكون ثمة سبيل إلى استيفائها إلّا بالعين[1]، وهذا انسياق مع الوضع الذي وجدت عليه المنفعة بطبيعتها من حيث هي أمور معنوية، ثم هي حيازة غير مباشرة للمنافع التي تقوم بها، وهو فقه أصيل.

منشأ شبهة الإمام القرافي في طبيعة حق المؤلف والرد عليها:

يرى الإمام القرافي أن «الاجتهادات»[2] التي هي نتاج العقل، أو التفكير العلمي، وإن كانت حقًّا لمؤلفها، لكنه حق غير مالي، بل لا تعلق له بالمال أصلاً، وبالتالي لا يورث، وأيد دعواه هذه بأن الوارث لا يرث «الأصل» وهو العقل، فلا يرث الفرع، أو ما يتعلق بالأصل، وهو الاجتهادات، أو الإنتاج العلمي المبتكر.

وأيضاً «الاجتهادات» أعمال دينية، أو متعلقة بالدِّين، والدين لا يورث، فكذا ما يتعلق به[3].

وإليك نص قوله: «اعلم أنه يُروى عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«من مات عن حق فلورثته»**[4]، وهذا اللفظ ليس على عمومه، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث،

---

(١) «نهاية المحتاج»: (٥/ ١٢٤)، و«كشاف القناع»: ج٣٠٩.

(٢) «الاجتهادات» اصطلاح أصولي يطلق على الإنتاج الفكري المستنبط من نصوص الشريعة، وقواعدها، ومقاصدها، وروحها العامة، وقوامه آراء علمية للمجتهدين الذين توفرت فيهم عناصر الاجتهاد التي اشترطها علماء الأصول، وهي آراء مبتكرة، لم يسبق إليها، وإلّا كانت ضرباً من التقليد، والأصوليون يفرقون بين الاجتهاد والتقليد من حيث المفهوم والأحكام.

(٣) هذا الدليل قاصر عن عموم الدعوى، كما ترى؛ لأنه خاص بالاجتهادات الدينية، فلا يشمل الابتكار الذهني بوجه عام، كما في العلوم الإنسانية النظرية، والتجريبية، العلمية.

(٤) أخرجه البخاري: ٢٢٩٨، ومسلم: ٤١٥٧، وأحمد: ٨٦٧٣، من حديث أبي هريرة، بلفظ: **«من ترك مالاً فلورثته»**.

ومنها ما لا ينتقل... وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله... لا ينتقل، بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال. وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله، لا ينتقل للوارث، والسر في الفرق: أن الورثة يرثون المال، فيرثون ما يتعلق به تبعاً، ولا يرثون عقله.. وما لا يورث، لا يرثون ما يتعلق به.. ومناصبُهُ وولاياته، واجتهاداته، وأفعاله الدينية، فهو دينه، ولا ينتقل شيء من ذلك للوارث؛ لأنه لم يرث مستنده وأصله»[١].

وبتحليل مضمون اجتهاد الإمام القرافي الوارد في النص السابق، يمكن أن يُستخلص منه العناصر الأصولية التالية:

أ ـ إن للمؤلف حقًّا في إنتاجه العلمي المبتكر (وهو ما أطلق عليه اسم الاجتهادات)، يدل على هذا استثناؤه هذا الحق من عموم الحقوق التي ورد نص الحديث الشريف بحكم جريان الإرث فيها: «**من ترك مالاً أو حقًّا، فلورثته**»[٢].

ب ـ إن هذا الحق في الإنتاج العلمي المبتكر، (الاجتهادات)، هو ـ في نظر القرافي ـ حق مجرد[٣] لأن محله ليس مالاً، بل لا تعلق له بالمال أصلاً، ولأنه جعله نظيراً لحق الوظيفة والولاية، وهي حقوق مجردة.

أو بعبارة أخرى: إن حق الولاية أو المنصب، مبناه المميزات الشخصية، والكفاءة العلمية، وهي صفات ذاتية راسخة في النفس الإنسانية، لا يُتَصوَّر انتقالها، فضلاً عن أنها ليست بمال، ولا متعلقة به أصلاً، فكذلك حق الاجتهادات.

---

(١) «الفروق» للإمام القرافي المالكي: (٣/ ٢٧٥ وما يليها).

(٢) أخرجه البخاري: ٢٢٩٨، ومسلم: ٤١٥٧، وأحمد: ٧٨٩٩، من حديث أبي هريرة، دون كلمة «حقًّا».

(٣) الحق المجرد هو ما لم يقم بمحل يدرك بالحس، كحق الشورى، وكحق الوظيفة، والمنصب، والولاية، وحق التملك، بخلاف الملكية، فإنه حق متقرر؛ لأنه حق قائم بالمال، محل الملك، ويدرك بالحس.
ومن هنا لم يكن الحق المجرد ماليًا، أو ذا قيمة يعتاض عنها بالمال كحق التملك؛ لأنه مجرد ولاية ثبتت أثراً لإذن عام من الشارع، فكان من المباحات، وهي لا تقبل المعاوضة؛ لأن الإباحة العامة لا تفيد تمليكاً في المباح العام، بل مجرد رخصة في أن يتملك.

ج ـ «الضابط العام» الذي وضعه الإمام القرافي مؤداه، أن ما كان أصله مالاً، أو متعلقاً بالمال، فهو ذو قيمة مالية، ويجري فيه الإرث، تبعاً لأصله، وما لا فلا.

فالتلازم ـ كما ترى ـ قائم بين الأصل والفرع، أو بين الأصل وما ينتج عنه، أو يتعلق به، وهو ـ في نظره ـ تلازم لا انفكاك له.

وتطبيقاً لهذا «الضابط العام» يرى أن «الاجتهادات» أو الابتكار الذهني، لا يُقوَّم بمال، ولا يجري فيه الإرث؛ لأن أصلها الذي نتجت عنه كذلك.

د ـ إن «الاجتهادات» ـ وقد قصرها الإمام القرافي على الاجتهادات الفقهية أو ما يتعلق بالدِّين جملة ـ أفعال دينية؛ لأنها متعلقة به، والدِّين أصل الطاعات، فكذلك ما يتعلق به، فالاجتهادات طاعات، لا تقوَّم بمال، ولا يجري فيه الإرث، ولا تقبل التعامل، تبعاً لأصلها.

سابعاً ـ مناقشة الإمام القرافي في عناصره الأصولية السابقة، ونقدها:

أولاً ـ يتجه على الإمام القرافي من النقد ـ بادئ ذي بدء ـ أنه نظر إلى المسألة المعروضة من وجه دون وجه، وكان ينبغي ـ وفاءً للبحث المستقصي ـ أن يتناول المسألة من جميع جوانبها، ولا سيما الجانب العلمي الواقعي ذي الأثر الظاهر؛ لأن التشريع الإسلامي واقعي، تتعلق أحكامه ومقاصده بالآثار الواقعة أو المتوقعة، وبيان ذلك:

أن الإمام القرافي قد اتجه إلى «الصفة العلمية» أو «الملكة الذهنية» الراسخة في ذات العالم، وهي التي سماها «العقل» وباعتبار أن «الاجتهادات» انعكاس لها، فإنها تأخذ حكمها؛ إذ «العقل» هو الأصل، بل هو منشأ الصلة الحقيقية المباشرة بين العالم وإنتاجه المبتكر، ومن هنا كانت شبهة الإمام القرافي في تصوره للحقوق الذهنية، وتكييفه لها، وبناء حكمه عليها.

أما أن الإنتاج العلمي أثر للعقل، وناتج عنه، فهذا لا نزاع فيه، لكنا نعلم أن

للإنتاج العلمي وجهاً آخر، ما كان ينبغي إغفاله، لأهميته وآثاره البالغة والظاهرة من الناحية الواقعية التي تتعلق بها الأحكام، ذلك هو كون هذا الابتكار ـ في حد ذاته، وبقطع النظر عن أصله ـ ثمرةً لمجهود وعمل ذهني انفصل عن المؤلف ليستقر في كتاب أو عين، فكان بذلك ذا كيان مستقل، وأثر ظاهر، وبذلك خالف الأصل الذي يستحيل استقلاله وانفصاله عن ذات مؤلفه، ومن هنا نشأت «قيمتُه المالية» إذ أمكن تداوله عرفاً، واتخاذه محلًا للتعامل والمعاوضة، لكيانه المستقل وأثره الظاهر.

ثانياً ـ لا نُسَلِّم انتفاء «الصفة المالية» عن الإنتاج العلمي، بناءً على انتفائها في الأصل، بل الواقع أنه توافر في الإنتاج المبتكر مقومان من حيث الوقوع والأثر، لا من حيث التصور فحسب، وهما: «القيمة والعرف»، ولا معارض لهذا العرف من جهة الشرع.

وهذا هو الوجه الثاني الذي أغفله الإمام القرافي، ولا شك أن هذين العنصرين هما «مناط المالية» شرعاً، على الراجح، كما أسلفنا.

وإذا ثبت أن للإنتاج العلمي «قيمة مالية عرفاً» على الصعيد العالمي، لزِم عن ذلك أن يكون «منفعة» أو مصلحة عامة حقيقية مؤكدة، ما دام لا يصادمها معارض من جهة الشرع، ولم يوجد؛ إذ لم يرد دليل لا في الكتاب ولا في السنة، ولا في سائر الدلائل الشرعية المستمدة منهما، أن المنفعة ليست بمال، بل لم يرد فيها دليل واحد يحدد مفهوم المال بوجه عام أصلاً، ومعلوم أنه إذا انتفت «الحقيقة الشرعية» للشيء المتعامل فيه، وجب الاحتكام فيه إلى «الحقيقة العرفية» التي تواضع الناس عليها من أجل مصالحهم؛ لأن مراد الشارع من إغفال التحديد هو التنبيه للرجوع إلى ذلك، ولأن أصل التعامل قائم على تحقيق مصالح الناس في معايشهم، والعرف مظنة ذلك؛ لأن مستنده هذه المصالح، كما بينا.

فالصفة المالية إذن، إنما هي للإنتاج العلمي في حد ذاته، بعد انفصاله عن مؤلفه، في وجود مستقل، وأثر ظاهر، بقطع النظر عن أصله، أو ما يتعلق به.

وهذا الإنتاج، وإن كان صوراً عقلية لا يمكن الإشارة إليها حسًا، لكن يمكن

استيفاؤها عن طريق ما استقرت فيه من كتاب ونحوه، وبذلك يتحقق مناط المالية فيها لا سيما عند فقهاء المالكية، كابن عرفة.

فمنشأ حكم الصفة المالية شرعاً للإنتاج الذهني المبتكر إذن هو «العرف» الذي يستند إلى المصلحة المرسلة، كما بينا.

ثالثاً ـ يلزم عن ذلك بداهة، أن حق المؤلف على إنتاجه العلمي حق متقرر لا مجرد؛ لأنه متقرر في مال، أو بعبارة أخرى: ليس هذا الحق مجرد مَكنة أو ولاية تَمَلُّك، بل هو حق منصب على مال فعلاً[1].

ونحن نعلم أن من خصائص الحق المالي، قبوله الاعتياض عنه بالمال، وإلزام متلف محله بالضمان والتعويض، وجريان الإرث فيه، فبطل ما ذهب إليه الإمام القرافي من اعتباره حقًّا مجرداً غير مالي، ولا تعلق له بالمال، وبالتالي لا يورث، بدليل تنظيره بحق الولاية والمنصب.

ومن هنا يبدو لك أن الاجتزاء في تصور المسألة وتكييفها، بوجه دون وجه، لا يغني عن وجوب الاعتداد بالوجه الآخر للمسألة، وهو الجانب الوقوعي العملي، والأحكام تناط بالآثار التي تتعلق بها مقاصد التشريع، صيانة للحق والعدل والمصلحة.

نظير ذلك في الاجتزاء في التصور بوجه دون وجه، «حق الخيار» في عقد البيع، فقد وقع الخلاف بين الفقهاء في تصور هذا الحق، ومُدْرَكِهِ، فمن نظر إلى «حق الخيار» على أنه صفة قائمة بالعاقد نفسه، من حيث كونه إرادة ومشيئة ذهب إلى أنه لا يورث؛ لأن ما هو صفة قائمة بالشخص نفسه من الإرادة والمشيئة يبطل بموته، ومن نظر إلى «حق الخيار» على أنه صفة للعقد الذي انفصل عن العاقد، فأصبح له كيان مستقل، وأثر ظاهر، قال بتوريثه؛ لأن ما كان صفة للعقد ينتقل معه، فاختلاف الحكم ـ كما نرى ـ فرع عن اختلاف التكييف.

---

(١) راجع «منشأ حق الابتكار في الفقه الإسلامي»: (٢/ ٢٦ وما يليها).

رابعاً ـ جاءت السُّنَّة تؤكد انفصال الأثر العلمي عن صاحبه واستقلاله، في نظر الشرع، بدليل أنه لا يبطل بعد وفاته، بل يستمر أجره عليه، باستمرار نفعه وأثره، في قوله ﷺ: «**إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلّا من ثلاث، صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له**»[١]، فصار الإنتاج المبتكر أصلاً في ذاته، والمؤلف تابع لأثره ومثاب عليه.

خامساً ـ إن أصل النظر في المآل، وما تفرع عنه، من مبدأ سد الذرائع ـ والمذهب المالكي من أكثر المذاهب الفقهية إعمالاً له ـ يجب تحكيمه في المسائل الاجتهادية العملية، لا سيما إذا تعلقت بالمصلحة العامة، وهو أصل عتيد في توثيق أصل المصالح.

فإهمال النظر إلى «الصفة المالية» للابتكار الذهني ذريعة تفضي ـ من حيث المآل ـ إلى اغتيال حقوق المؤلفين والعلماء، مما يؤدي بالتالي إلى انقطاعهم عن مواصلة البحث والابتكار، وحرمان الأمة، بل والمجتمع الإنساني كله من مصلحة حقيقية مؤكدة، وهو ما لا يجوز المصير إليه بحال، بالنظر إلى هذا المآل الممنوع، كما أسلفنا.

سادساً ـ أضف إلى ذلك، أن مثل هذه المصلحة الإنسانية الحقيقية الكبرى، تعتبر حقًّا من حقوق الله تعالى قطعاً[٢]، ونحن نعلم أن حق الله تعالى يتعلق به حكمان:

أحدهما: أنه لا يجوز إسقاطه، أو التهاون فيه، بل يجب تحقيقه.

والثاني: أنه تجب حمايته، والدفاع عنه من العدوان عليه، وسد جميع الذرائع المفضية إلى تضييعه وإهداره.

---

(١) أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة.

(٢) حق الله تعالى يطلق على ما لله تعالى من حق خالص، كالعبادات والجهاد، كما يطلق أيضاً على ما فيه حماية المجتمع، كالحدود، وعلى ما تعلق به نفع عام للأمة دون اختصاصه بأحد بعينه، كالبحوث العلمية؛ إذ نفعها شامل، وأثرها عام، ولذا أُسند إليه تعالى.

وبدهي أن عدم اعتبار الإنتاج الذهني المبتكر مالاً، يؤدي إلى تضييعه، بالانقطاع عنه، وهذا المآل باطل، فبطل ما أدى إليه.

سابعاً ـ من المقرَّر أصوليًا وبالإجماع، أن «الحق» إنما يتقرر في شيء، بمدى قوة تقرر المصلحة التي يحميها[1]، فكان تفاوت الأحكام طلباً ـ وهي مناشئ الحقوق ـ منوطاً بمدى تفاوت المصالح قوةً؛ لأن تلك المصالح إنما شرعت الأحكام وسائل لتحقيقها وحمايتها، أو بالأحرى إن قوة طلب الحكم منوطةٌ بمدى قوة المصلحة التي يحميها.

فينتج عن ذلك، أن المصلحة العامة الحقيقية المؤكدة ـ ومنها المصلحة الناجمة عن الابتكار الذهني في شتى الفروع العلمية التي نحن بصدد البحث فيها ـ من آكد المصالح، وأقواها أثراً، وأعمّها نفعاً، فيتقرر الحكم بطلبها وإيجادها، بصورة آكد، وذلك لا يتم إلّا باعتبارها مالاً.

ثامناً ـ ويتجه عليه فيما ذهب إليه من أن «الاجتهادات» تتعلق بالدين، أن هذا لا نزاع فيه، لكن دعوانا أعم؛ لأن موضوعنا شامل للابتكار في شتى العلوم، فالدليل قاصر عن إثبات عموم الدعوى.

على أن المتأخرين من المجتهدين قد أفتوا بجواز أخذ الأجر على الطاعات خشية الانقطاع عنها، للحاجة، وهذا منها؛ إذ المُدْرَك واحد.

تاسعاً ـ «خصوص الاجتهادات الفقهية» التي لا يرى الإمام القرافي فيها للعالم حقًا ماليًا يقبل الاعتياض عنه بالمال، لمكان «المعنى الديني» فيها، بحيث ارتقى بها إلى مستوى الطاعة، أقول: يتجه عليه في ذلك، ما قرره هو نفسه في كتابه الفروق من أن «المعنى الديني»[2] لا ينفصل ـ في شرع الإسلام ـ عن كل عمل دنيوي يصدر عن المسلم، عقليًا كان أم ماديًا، بل لا ينفصل

---

(١) «المناهج الأصولية»: ص٣٠٧، و«أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف: ص٣٠٥ وما يليها.

(٢) راجع مؤلفنا «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص٧٠ وما يليها وص٢٣٠ ، و«الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢/ ٣٢٢). .

عن كل حق، وهو عين ما ذهب إليه الإمام الشاطبي ﷺ إذ الأصل أن لله تعالى حقًّا[١] في كل حق فردي مهما كان نوعه، فكل حق فردي إذن مشوب بحق الله تعالى، وهذه هي الصفة الدينية التي أسبغها الإسلام على النشاط الإنساني كله، ماديًا ومعنويًا، وأكد هذا الإمام الشاطبي في صدد بحثه في «مصدرية الحق» بقوله ﷺ: «فإنّ ما هو لله ـ أي: من الحقوق ـ فهو لله، وما كان للعبد ـ للإنسان الفرد ـ فراجع إلى الله من جهة حق الله فيه»[٢] وهذا بيِّن.

أقول: يتجه على الإمام القرافي، أن «الصفة الدينية» لعمل الإنسان لو كانت علةً في حرمانه من حقه المالي فيه ـ كما فهم من تعليله ـ لما استحق إنسان في الدنيا عن أي عمل أو جهد عوضاً، وهذا باطل، وليس مراداً للشارع قطعاً؛ لأنه ظلم، ولأنه يؤدي إلى انقطاع الناس عن العمل جملةً، وتضييع المصالح، ولا يقول بهذا أحد، فضلاً عن مجتهد[٣].

عاشراً ـ على أن قوله هذا منقوض بالجهاد في سبيل الله؛ إذ هو من العبادات المحضة إجماعاً؛ لأنه حق خالص لله تعالى، كالصلاة والصيام، وعلى الرغم من ذلك، فإنه تعالى قد رتب للمجاهدين حقًّا في أربعة أخماس الغنائم، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ...﴾ الآية [الأنفال: ٤١][٤].

والأصوليون جعلوا حق الغانمين هذا من حقوق الله تعالى، غير أنهم اعتبروه حقًّا قائماً بنفسه، لا يقوم على سبب الجهاد؛ لأن الجهاد عبادة خالصة، ثم ما لبثوا أن

---

(١) «الفروق» للإمام القرافي: (٢/)، و«الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢/ ٣٢٢).

(٢) «الموافقات»: (٢/ ٣١٦) ، و«الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» للمؤلف ص٧١.

(٣) «الموافقات» للشاطبي: (٢/ ٣٢٢).

(٤) صحيح أن عمر بن الخطاب منع تقسيم أراضي سواد العراق بين الغانمين، كما هو معلوم، ولكن بقيت المنقولات، وللغانمين حق في أربعة أخماسها. «التوضيح مع شرحه التلويح» للإمام صدر الشريعة: (٢/ ١٥١ وما يليها).

اعتبروا حق المجاهد في الغنيمة، معونة من الله تعالى له، أو مكافأة لتمكينه من الاستمرار في الجهاد، وأيًا ما كان التكييف لهذا الحق، بكونه حقًّا قائماً بنفسه، أو أنه معونة أو مكافأة، فالذي يعنينا من تقريره هنا، أمران:

أولهما ـ أن المكافأة قد رتبها الشارع على الجهاد، حتى لا ينقطع المجاهد في سبيل الله، فقد اعتبر المآل؛ لأن للجهاد مؤنة لا يقوم بدونها.

وما نحن بصدد البحث فيه، لا يساوي الجهاد في سبيل الله؛ إذ لا يرقى إلى مستوى الطاعة المحضة كالصلاة، ولكنه من فروض الكفاية، فيستحق المؤلف مكافأة للمعونة، وخشية الانقطاع، من باب أولى، لعدم خلوص حق الله تعالى في الإنتاج المبتكر كالجهاد، وإن كان العالم المخلص المجتهد، يعتبر كالمجاهد في سبيل الله.

الثاني ـ أن الدرجة العالية الرفيعة التي بَوَّأها الله تعالى المجاهد في الجنة، يوم القيامة ـ وهي مثوبة عظمى ـ لم تكن علةً في حرمانه من حقه في الغنائم في الدنيا، معونةً له، لتمكينه من الاستمرار في الجهاد في سبيل الله، فمثوبة الآخرة إذن لا تنقض الحق في الدنيا شرعاً.

حادي عشر ـ لا نزاع أن الورثة لا يرثون «عقل» مورثهم أو شخصيته العلمية؛ لأنها قائمة بذاته، وتنهدم بموته، فانتقالها محال، وهذا هو الوجه الأول للمسألة، ولسنا بصدد البحث فيه، لكنا ننظر إلى الوجه الثاني، وهو ما ينفصل عن المؤلف من مجهوده وعقله الذهني، واستقلاله في عين من كتاب ونحوه، ليكون له كيان مستقل، وأثر ظاهر، وهذا لا ينهدم ولا ينقطع بموته، بل على العكس، يستمرُّ أثراً بعد وفاة المؤلف، بدليل استمرار أجره عليه، كما جاء في السنة، وذلك لإمكان استيفاء ذلك الأثر، والانتفاع به.

فثبت أن لا تعارض بين ما يستحقه المرء عوضاً عن مجهوده وعمله في دنياه، وبين ما يتقرر له من أجر ومثوبة، لامتثاله أمر الله تعالى في ذلك المجهود، واجتناب نهيه، في الآخرة.

على أن الإنسان مأمور بألا ينسى نصيبه من الدنيا، ومن ذلك حقه في ثمرات جهده وسعيه، كما قدمنا.

ثاني عشر ـ إن «ضابط» الإمام القرافي منقوض أيضاً بالعمل اليدوي والمهني الذي يصدر عن الأجير الخاص أو المشترك، فإنه «مال متقوم» شرعاً، مع أن مصدره الإنسان أو العقل وهذا ليس بمال، وكان من مقتضى ما وضعه من ضابط باجتهاده ـ من أن الفرع تابع للأصل في حق المالية والإرث ـ ألا يكون عمل أيٍّ منهما مالاً، وهو خلاف الإجماع، فما هو جوابه عن ذلك، هو جوابنا!

ثالث عشر ـ إذا ثبت أن عمل الأجير مال متقوم بقطع النظر عن أصله بالإجماع، فإن الابتكار الذهني ـ وهو عمل لا ينقطع أثره ونفعه بنص الحديث ـ مال، من باب أولى، ذلك لأن الأحكام الشرعية لا تتعلق بالأعمال من حيث صورها ومصادرها، بل من حيث آثارها، يرشدك إلى هذا أن الله تعالى إذا حرَّم التأفف بالنسبة للوالدين، برًّا بهما، فالضرب محرم من باب أولى، ولو لم يرد تحريمه صراحة بالمنطوق، ذلك لأن حكم التحريم متعلق بأثر الفعل، وهو الأذى، وهو متحقق في الضرب والتجويع مثلاً بصورة أقوى، فاشترك التأفف والضرب والتجويع من حيث الأثر، لا من حيث الصورة أو المدلول اللغوي، والأثر هو الذي يتعلق به الحكم، وهو مناطه الذي يرتبط به وجوداً وعدماً.

وعلى هذا، فعَمل الأجير لا يرقى إلى مستوى الابتكار العلمي من حيث الأثر بداهة، فكان حكم المالية متقرراً شرعاً في العمل الذهني بصورة أقوى وآكد، للتفاوت الشاسع بين نوعية النفع في كلٍّ منهما، والأحكام منوطة بالآثار[1]، والنتائج، ولذا كانت هي الأصل، لا مصادرها، أو أصولها.

---

(١) الأذى الذي هو أثر التأفف، هو علة الحكم بالتحريم، وهذه العلة تنطوي على حكمة التشريع، وهي تحقيق بر الوالدين، وكلما كانت هذه العلة ـ وهي الأذى، نفسيًّا كان أم حسيًّا ـ متقررة في الواقعة بصورة أقوى، كانت أشد اقتضاءً لحكم التحريم فيها، حمايةً لتلك الحكمة، وهو تأكيد بر الوالدين.
وقصارى همنا، أن نثبت أن الأحكام متعلقة بالآثار لا بالذوات والأعيان وصور الأفعال.
«مصادر التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي» للمؤلف ص٣٥١.

ولقد أشار ابن خلدون إلى قيمة أثر الأعمال من الناحية الاقتصادية في التشريع الإسلامي، وأن العدوان عليها، وتسخير الناس فيها، دون عوض، من أشدّ أنواع الظلم، بقوله: «ومن أشدِّ الظُّلامات، وأعظمها في إفساد العمران، تكليف الأعمال، وتسخير الرعايا بغير حق، وذلك أن الأعمال من قبيل المُتَموَّلات»[١].

والخلاصة، أن العمل الذهني كالعمل اليدوي أو الحِرْفي، كلاهما عمل مصدره الإنسان، فإذا كان هذا الأخير[٢] مالاً بالإجماع، اعتباراً لأثره ونفعه، في حق «الصفة المالية» بقطع النظر عن أصله ومصدره، وهو الإنسان، فالابتكار الذهني كذلك، للاعتبار عينه، بل ومن باب أولى؛ لأنه أعظم نفعاً، وأدوم أثراً بنص الحديث[٣]، والتفرقة تحكُّم.

إذن، الاعتبار الشرعي أو مناط «الصفة المالية» للعمل، إنما هو الأثر في حد ذاته، لا مصدره وأصله، فلا إلحاق[٤] كما ترى، فانتقض بذلك ضابط الإمام القرافي الذي يقوم على الإلحاق، في اعتبار المالية وقابلية الإرث لآثار الأعمال، من القواعد.

وإذا ثبتت المالية للابتكار الذهني، ثبت حق الإرث فيه، بداهة؛ لأن من خصائص الحق المالي قبوله الاعتياض عنه، وجريان الإرث فيه.

رابع عشر ـ على أن «الضابط» الذي وضعه الإمام القرافي باجتهاده، وعمم حكمه على كل أصل وفرع، بأن جعل الفرع تابعاً في حق الصفة المالية، والإرث، غير مُسَلَّم، وفيه نظر وبحث من وجه آخر.

---

(١) «مقدمة ابن خلدون» ص٢٨٦، ٢٩٠.

(٢) العمل اليدوي أو الحرفي.

(٣) «**إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلّا من ثلاث... الحديث**» [أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة].

(٤) أي: إلحاق الأثر أو الفرع، بمصدره، وأصله، في حق الصفة المالية؛ إذ الفرع تابع لأصله فيها، كما يقول الإمام القرافي، ولو أخذ بمقتضى هذا «الضابط» لانتفت الصفة المالية عن العمل اليدوي أو الحرفي، تبعاً لانتفائها في الأصل، وهو الإنسان، وهذا خلاف الإجماع.

ذلك، لأن الفرع قد يكون مخالفاً في طبيعته للأصل، مما ينشأ معه فارق جوهري يفسد اعتبار هذا الإلحاق شرعاً؛ لأن إلحاق الفرع بالأصل في الحكم يفترض فيهما وحدة الخصائص الجوهرية (العلة) التي هي مبنى الحكم، والفوارق تقضي على وحدة هذه الخصائص؛ لأنها ذات أثر في تشكيل علة الحكم، فإذا اختلفت العلة، لا يتحد الحكم؛ لأن اختلاف العلة يوجب اختلاف الحكم، عقلاً وشرعاً، فبطل الإلحاق لتخلف شرطه، أو انتفاء سبب اقتضائه.

على أن الشارع الحكيم ـ كما أشرنا ـ قد راعى هذه الفوارق، ألا ترى إلى الشارع كيف شرع للمنفعة أحكاماً في المعاوضات لا تجدها في الأعيان؟ ومنشأ ذلك الطبيعة الخاصة للمنفعة، هذا سننُ المشرع في التشريع.

وأيضاً، قد يتحد الفرع والأصل في نوع من الحكم الشرعي، بناءً على موقع من مواقع وجودهما، ولا يلحق أحدهما بالآخر في حكم شرعي آخر لا يتفق وطبيعتهما في مواقع أو جوانب أخرى.

فالأصل والفرع في مسألتنا هذه ـ وهما العقل وما نتج عنه ـ يتحدان في حق الانتماء أو النسبة، إذ كلاهما للمؤلف؛ لأن هذا واقع لا ينكره الشرع.

أما في حق المالية والإرث، فالأمر مختلف، واقعاً وشرعاً، تبعاً لاختلافهما طبيعة.

فالأصل بطبيعته ـ وهو العقل أو الملكة الذهنية ـ مما يستحيل معها أن تتعلق به الصفة المالية، أو أن يجري فيه الإرث، في حين أن تعلق هذين الحكمين بالنسبة لما ينتج عنه ـ وهو الفرع ـ أمر ممكن، بالنظر لطبيعته الخاصة.

ولا أدل على هذا الإمكان من الوقوع، وبيان ذلك:

أن ميراث «العقل» محال، والمحال لا يتعلق به حكم شرعي تكليفي؛ إذ لا تكليف إلّا بمقدور، كما لا يُتصوَّر جريان الملك فيه حكماً وضعيًّا[1]، على أساس

---

(١) الحكم الشرعي نوعان: تكليفي ووضعي، كما تعلم.

المعاوضة أو غيرها، لعدم إمكان الانفصال والاستيفاء، بخلاف الإنتاج الذهني المبتكر، فمن الممكن أن يورث إذا انفصل عن صاحبه، واستقل في عين، بحيث يُضحي له وجود مستقل، وأثر ظاهر، وكذلك من الممكن أن يكون ذا قيمة مالية يتعامل الناس فيها، كما هو واقع فعلاً ومشهود، لاستقلاله، وأثره، وإمكان استيفائه، ومن ثم لا يُلحق الممكن بالمحال في حق هذين الحكمين: «المالية والإرث» بل يُفرد كل منهما بالحكم الذي يناسبه شرعاً.

خامس عشر ـ ويتجه على الإمام القرافي أيضاً، أنه لا يلزم من كون الشيء أصلاً في الواقع، أن يكون كذلك في اعتبار الشارع، إذا كان النظر إليه ـ من حيث ذاته ـ لا يتعلق به مصلحة، ولا مقصد شرعي.

فالعين أصل لمنفعتها واقعاً، لقيامها بها؛ إذ لا قيام للمنفعة بنفسها، غير أنه ـ على الرغم من ذلك ـ فإن المنفعة هي الأصل المقصود في اعتبار الشارع، لا العين في حد ذاتها، بدليل أن ما لا نفع فيه من الأعيان، لا قيمة له، ولا اعتبار، فالمنفعة إذن هي التي تتعلق بها المقاصد والمصالح، والمصالح ـ كما تعلم ـ هي مباني الأحكام، فضلاً عن كون المنفعة هي المقصودة، واقعاً، وعرفاً، وتعاملاً.

ولا ريب أن العبرة باعتبار الشارع قطعاً.

ومقتضى هذا، أنه ينبغي ألا تُجعل المنفعة تابعة للعين في أحكام الشرع، من حيث المالية والإرث ـ على ما رأى الإمام القرافي ـ لأن المنافع هي الأصل، بل والمقصود الأظهر من الأعيان شرعاً[١]، كما يقول الإمام العز بن عبد السلام، بل ينبغي أن تُفرد المنفعة بالحكم، ويكون اعتبار العين ـ من حيث ذاتها ـ بالقصد الثاني، أي: على أنها مجرد وسيلة لإمكان استيفاء ما يقوم بها من منفعة، أو لتعيين تلك المنفعة نوعاً، أو مقداراً، فحسب، على حسب الأحوال.

إذا تقرر هذا، فإن ما نحن بسبيل البحث فيه كذلك؛ إذ الإنسان أصل هذا

(١) «قواعد الأحكام»: (٢/١٧).

الإنتاج، بمميزاته الشخصية واقعاً، ولكن المقصود أساساً من خَلْقه ووجوده، هو عمله الذي يتم به ابتلاؤه، ولا ريب أن الإنسان تابع لعمله شرعاً، وإن كان هو أصلاً لعمله واقعاً، وإذا تردد النظر بين الواقع والشرع أُخذ باعتبار الشرع قطعاً.

ولا مراء أن اعتبار ما كان أصلاً في الواقع، فرعاً في الشرع، لا يغير من طبائع الأشياء إطلاقاً، بل يقيم اعتباره على أساس ما يتفق وطبيعة التشريع نفسه، من حيث إنه يتعلق بالمنافع والمصالح دون مساس بطبائع الأشياء في ذاتها؛ لأن تغييرها محال، كما أسلفنا، ولا يتعلق بذلك مقصد شرعي.

أما أن العمل هو الأصل، فلأنه أساس تقييم الإنسان شرعاً، فهو مَجْزِيٌّ به خيراً أو شرًّا، وإلّا فالوجود المادي الحسي المجرد للإنسان من حيث هو، ودون عمل، لا يتعلق به مقصد شرعي.

ولا بد من تحكيم مقاصد التشريع في مناشئ الخلاف.

وتأسيساً على هذا، يبدو لك انهيار الضابط الذي وضعه الإمام القرافي، حيث اعتبر ما هو تابع في التشريع، أصلاً فيه؛ إذ المقصود أصالةً في بناء الأحكام، هو الأعمال والآثار والمنافع؛ لأنها أصول المصالح وأسبابها، والمصالح مباني الأحكام، كما تعلم.

لذا، وجب إفراد الإنتاج الذهني المبتكر بالحكم، كما ذكرنا؛ لأنه الأصل اعتباراً ومقصداً، ويشرع له من الأحكام ما تتعلق به المصالح، وتصان الحقوق، ويتحقق العدل، جرياً على سَنَن المشرع، ولا يُجعل هذا تابعاً لما لا يتعلق به ـ من حيث ذاته ـ مقصد شرعي.

سادس عشر ـ أما الولايات والمناصب والوظائف ـ وهي حقوق مجردة[1] لصيقة بالشخصية الإنسانية ـ فيتجه عليه فيها أنه لا يصح تنظير حقوق الابتكار بها،

---

(١) لأن الحق المجرد ـ كما قلنا ـ لا يتعلق بمحل هو مال، كحق التملك؛ لأنه نوع ولاية، أو رخصة، بخلاف حق الملك، فإنه متعلق بالمال محل الحق، وأيضاً حق الوظيفة مجرد؛ إذ لا تعلق له بالمال، فأساسه ميزات شخصية، وكفاءات معنوية قائمة بصاحبه.

لما قدمنا من أدلة تنهض بأن هذه الأخيرة حقوق مالية متقررة في محل هو مال شرعاً وعرفاً، ويُورَثُ بالبداهة، ويلزم متلف محله بالضمان، كما يلزم غاصبه رد عينه إن كانت قائمة.

سابع عشر ـ على أن اجتهاد متأخري الحنفية قد اتجه إلى جواز النزول والاعتياض عن حق الوظيفة بالمال، لجريان العرف بذلك، بعد أن كان محرماً؛ لأنه كان يُعدُّ من الرشوة في مذهب المتقدمين منهم، فَلأن يُعد الإنتاج المبتكر ـ وهو حق مالي متقرر ـ مالاً من باب أولى.

هذا، وقد رأينا المذهب المالكي، أكثر المذاهب الفقهية قبولاً لمبدأ «ميراث الحقوق» تبعاً لماليتها، فالأصل في الحقوق ـ في اجتهاد المالكية ـ أنها أموال؛ لأن أساسها الملك، ما عدا الحق الذي لا يقبل التجزيء، كولاية النكاح، والوظيفة، والوكالة، وحق الحضانة، وحق التطليق[1].

ثامن عشر ـ ويتجه على الإمام القرافي أيضاً، أن «الملك» ـ كما يحدده هو نفسه ـ حكم شرعي مقدر وجودُه في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من أضيف إليه من الانتفاع بالعين أو بالمنفعة، والاعتياض عنها، ما لم يوجد مانع من ذلك[2].

وبتحليل مضمون هذا التعريف للملك، واستخلاص عناصره، يتبين لنا مدى موقع حقوق الابتكار منه، في اجتهاد الإمام القرافي نفسه.

أولاً ــ الملك حكم شرعي أو وصف شرعي:

والواقع أن الحكم الشرعي ليس هو عين الملك، بل مصدر وجوده شرعاً، أو

(١) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه»: (٤/ ٤٥٧)، مطبعة صبيح. وقبول التجزِّيء، أن يقال: لفلان النصف، ولفلان الربع.

(٢) «الفروق» للإمام القرافي: (٢/ ٢٠٨ وما يليها)، و«الشرح الكبير»: (٤/ ٤٥٧)، وقريب منه تعريف الإمام السيوطي في «الأشباه والنظائر» ص٣٤٠. يقصد بالمانع انعدام الأهلية أو نقصانها، فينوب عن المالك عديم الأهلية أو ناقصها حينئذ وليه؛ لأنه محجور عليه، فالمانع يتعلق بالأهلية.

إقراره؛ إذ لا يثبت حق في الشرع إلّا بإقرار الشارع واعتباره، وهو ما يؤكده الإمام الشاطبي[1]، فالشارع يُقر الملك بعد وجوب سببه الشرعي، بحكم.

الحكم الشرعي المقدَّر وجودُه في منافع الإنتاج الفكري المبتكر، منشؤه العرف[2]، ومستند العرف المصلحة المرسلة المتعلقة بالحقوق الخاصة، وبالحقوق العامة:

الواقع أن الإنتاج الفكري المبتكر ـ تطبيقاً لتعريف القرافي ـ يستند من حيث حكمُه الشرعي المقدَّر فيه إلى نوعين من المصلحة المرسلة، لكن من جهتين:

إحداهما: كونه ملكاً منصبًّا على مال، بدليل جريان المعاوضة فيه، والمعاوضة أساسها الملك، أي: كونه حقًّا عينيًّا ماليًّا خاصًّا؛ إذ المصلحة فيه عائدة إلى المؤلف أولاً، وهذا ظاهر.

---

(١) يوضح الإمام الشاطبي أن الشريعة هي أساس الحقوق، اعتباراً وإقراراً، نصًّا أو دلالة، بقوله: «لأن ما هو حق للعبد ـ الإنسان الفرد ـ إنما ثبت كونه حقًّا، بإثبات الشرع ذلك له، لا بكونه مستحقًّا لذلك بحكم الأصل». «الموافقات»: (٣١٦/٢)، وكتابنا «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص٧١ ـ الطبعة الثانية ـ مؤسسة الرسالة.

وبقوله في موضع آخر: «فإن ما هو لله ـ أي: من الحقوق ـ فهو لله، وما كان للعبد، فراجع إلى الله، إذ كان لله ألّا يجعل للعبد حقًّا أصلاً» المرجع السابق. وبذلك يتضح أن شرع الله تعالى هو مصدر الحقوق. ويؤكد الإمام العز بن عبد السلام ـ وهو شافعي ـ أن مصادر الشريعة هي مصادر الحقوق، وهي ليست محصورة في الدلائل النقلية من الكتاب والسنة، بل الإجماع والقياس «والاستدلال الصحيح» الذي يشمل المصالح المرسلة، وسد الذرائع، والاستحسان، والعرف، بقوله: «فإن خفي شيء منها ـ أي: من المصالح المعتبرة ـ طُلب من أدلة الشرع، وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس المعتبر، والاستدلال الصحيح». «قواعد الأحكام»: (٨/٢)، و«أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف: ص٢٥، ص٢٩١.

والاستدلال الصحيح ليس إلّا أخذاً بالعرف وبالمصالح المرسلة، وغيرها من الدلائل المعتبرة التي هي مبانٍ للحكم فيما لم يرد فيه نص، سواء أكانت متعلقة بالحقوق الخاصة أم العامة.

(٢) غير أن الشريعة، وإن كان للعرف عندها اعتبار تبنى على أساسه الأحكام فيما لا نص فيه، ليست محكومة بالأعراف، بل هي الحاكمة على العرف، وذلك من حيث إن العرف لا يعتبر إلّا على أساس أن ما يستند إليه من مصلحة مرسلة معتبرة، لا تصادم نصًّا خاصًّا في موضوعها، وإلّا كانت ملغاة، أو كانت لا يشهد لها أصل كلي في الدين، فتكون حينئذ غريبة خارجة عن الشرع أصلاً ـ «أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف ص٥٢٦ ، طبع جامعة دمشق ١٩٧٧.

فالمصلحة المرسلة هنا متعلقة بحق خاص، كما ترى.

هذا فضلاً عما للمؤلف من مصلحة أدبية، تتصل بشخصيته العلمية، وهي ليست محل بحثنا.

الثانية: أن فيه مصلحة عامة مؤكدة راجعة إلى المجتمع الإنساني كله، وهو الانتفاع بما فيه من قيم فكرية ذات أثر بالغ في شتى شؤون الحياة، وهو بهذه المثابة حق من حقوق الله تعالى في نظر الإسلام، كما قدمنا، لشمول نفعه وعظيم خطره.

هذا، والمصلحة المرسلة بنوعيها: الخاصة والعامة، مرعية في الدين، تبنى عليها الأحكام، ولا سيما في الفقه المالكي؛ لأنها من مباني العدل والحق، وهي مستند للعرف، كما أشرنا؛ إذ لا عرف بدون مصلحة.

فالمناط العام للملك الذي وضعه الإمام القرافي باجتهاده، متحقق في الإنتاج الفكري المبتكر، كما ترى؛ لأنه لا يعدو أن يكون حكماً شرعيًّا مقدراً في منافعه الظاهرة، وأقر الشارع حكم كونه حقًّا بالمصلحة والعرف، وكلاهما حجة تثبت بهما الأحكام، ما دام لا معارض لهما من جهة الشرع؛ إذ لم يرد دليل خاص من الكتاب أو السنة أو غيرهما يدل على التحريم، وعدم التحريم دليل على الحل والمشروعية، وإلّا كان التحريم بلا دليل، وهو لا يجوز قطعاً؛ لأنه افتئات على حق الله تعالى في التشريع.

ومعلوم أيضاً أن الحق العيني الذي محله مال يجري فيه الإرث.

وبذلك ناقض الإمام القرافي نفسه، من حيث إنه لم يعتبر ما تحقق فيه مناطه العام في الملك الذي يقتضي تمكين من أُضيف إليه من الانتفاع[1] به، والمعاوضة عنه، كما يقول هو، لم يعتبره ملكاً ولا مالاً، وبالتالي لا يجري فيه الإرث، وهو تناقض ظاهر.

(١) يقصد الإمام القرافي بالانتفاع والمعاوضة، السلطات الثلاث التي هي ثمرة الملك، بدليل قوله: «يقتضي» فهي من مقتضيات الملك وآثاره، وذلك لأن الانتفاع يشمل الاستعمال والاستغلال، كما يشمل التصرف الذي عبر عنه بالمعاوضة؛ إذ المعاوضة ليست إلّا ضرباً من الانتفاع، لكنه نوه بها، لأهميتها.

أضف إلى ذلك، أن «المصلحة المرسلة» بنوعيها، هي قطب الرحى في الفقه المالكي، ما عدا الأدلة القطعية[١].

هذا من حيث «الحكم الشرعي» ومنشؤه، وثبوته، وتقدير وجوده في منافع الابتكار، حتى كان ملكاً، والملك مال.

ثانياً ـ ليس عنصر «العينية» من مقومات مفهوم الملك أو المال عند القرافي خاصة، فضلاً عن المذهب المالكي، فكون الشيء عيناً ليس مناطاً لثبوت كونه ملكاً، أو مالاً، بل المنفعة إذا قدّر وجود الحكم الشرعي فيها، كانت ملكاً ومالاً معاً؛ لأن كل ملك مال، وحقوق الابتكار ليست محالُّها إلّا منافع ذات أثر ظاهر، وتجري فيها المعاوضة، وأساس المعاوضة الملك، إذ لا تجري في المباحات، فكان هذا الابتكار مالاً.

ثالثاً ـ قول الإمام القرافي: «يقتضي تمكين من أُضيف إليه من الانتفاع به، والمعاوضة عنه» يستنبط منه عنصران:

أولهما عنصر الاختصاص، وهو جوهر الملك، كما علمت، وقد عبر عنه بقوله: من «أضيف إليه» والإضافة نسبة واختصاص بلا ريب، وذلك آية الملك، وهو عين ما عرف به القدسي في «حاويه»: «الملك اختصاص حاجز» وما عرفه به الإمام الشاطبي بقوله: «ويستبدُّ به المالك».

ثانيهما: آثار الملك، وهي سلطاته الثلاث، مما يطلق عليه الاستعمال والاستغلال والتصرف، وقد عبر عنها بقوله: «يقتضي التمكين من الانتفاع والمعاوضة» وفي كلٍّ من هذه الثلاث ضرب من الانتفاع حتى المعاوضة التي نوّه بها، كما ذكرنا.

والخلاصة، أن الملك جوهره الاختصاص[٢]، ويثبت مناطه ومعناه كَمَلاً، ولو

---

(١) «مالك» لأستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبي زهرة ص٤١٩.

(٢) على أن بعض الفقهاء يفرق بين حق الاختصاص، وحق الملك.

فحق الاختصاص في نظرهم لا يكون شاملاً لجميع وجوه الانتفاع، ولا تجري فيه المعاوضة، وإن كان لا يملك أحد مزاحمة صاحب حق الاختصاص هذا، ولا يفيد هذا الحق إلّا الانتفاع. =

تخلفت سلطة من سلطاته، كما في ملك المنفعة بالنسبة لحق المرور، والموقوف عليهم للسكنى (الاستعمال) دون الاستغلال.

ذلك لأن «التمكين» مناط لثبوت السلطات الثلاث، إذ يثبت بالتمكين التمكُّن للمالك، أثراً له، وبالتمكُّن يمارس المالك سلطات الانتفاع، وهي مظهر الملك، ولكنها ليست مناطاً لثبوت عين الملك؛ إذ هي (السلطات) أثر للملك، والأثر لا يكون علة في وجود المؤثر، بل العكس هو الصحيح.

وتأسيساً على هذا، فإن تَخَلُّفَ سلطة من هذه السلطات، لا يؤثر على ثبوت معنى الملك كَمَلاً؛ لأنه تخلُّف أثر من آثاره، كما قدمنا.

وقوله: «يقتضي» يشير إلى ذلك، لأن المقتضى ـ بفتح الضاد ـ هو الأثر الثابت للملك، كما تقول: مقتضى العقد، أي: حكمه الأصلي الثابت به.

غير أن ثمة نوعاً من التصرف المادي في الإنتاج المبتكر، يعود على صاحبه

= وهو مؤدى تعريف ابن رجب الحنبلي لهذا الحق بقوله: «هو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به، ولا يملك أحد مزاحمته، وهو غير قابل للشمول والمعاوضات». «القواعد» ص١٩٢.
فالملك يجري في الأعيَان والمنافع، أما حق الاختصاص، فلا يكون محله إلّا الانتفاع. على أن الاختصاص يجري فيما هو محرم لا يملك، كعصير العنب إذا تخمر عند مالكه، فيثبت له حق اختصاص لا ملك، وسبيله التخليل أو الإراقة، وكجلد الميتة، وما تنجس من السوائل، كالسمن والزيت والخل ونحوه.
هذا، والاختصاص قد يثبت في بعض المباحات في الأصل، فيفيد «حق الأولوية» بفعل معين، كما في تحجير الأرض الموات، فالتحجير لا يفيد ملكاً بل حق أولوية في الإحياء، مدة معينة، يمنع غيره من مزاحمته طوال هذه المدة.
«الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع»: (٢/ ٢٥ وما بعدها)، و«نهاية المحتاج» للرملي: (٥/ ٣٣٦)، و«المغني» لابن قدامة: (٥/ ٤٢).
وكذلك السبق إلى بعض المباحات، كمقاعد الأسواق، والمساجد. «قواعد ابن رجب» ص١٣٩. «مغني المحتاج»: (٢/ ٣٦٥ وما يليها)، باب إحياء الموات.
لكنا نعني بالاختصاص في موضوعنا اختصاص الملك الذي يجري كَمَلاً في الأعيان والمنافع على السواء، ويفيد صاحبه وحده التمكين من التصرف والانتفاع به، أصالةً وابتداءً، ويحجز غيره عن التصرف فيه إلّا بإذنه، ومحله مال في حكم الشرع، وهذا ما يطلق عليه «الملك» أو «حق الملكية».

بضرب من الانتفاع العائد على شخصيته العلمية أصالةً، من التعديل المادي، والتصحيح، والإلغاء لبعض الأفكار التي يتبين له خطؤها في قوام إنتاجه المبتكر، وهذا نتيجة اختصاصه به، ونسبته إليه، وما تفرع عن ذلك من سلطته عليه، ومسؤوليته عنه.

وهكذا ترى، أنه يستوي في الوضع الشرعي - وفي اجتهاد الإمام القرافي بالذات - أن يَجري الملك والاختصاص الذي يُورِثُ هذه السلطات الثلاث، في الأعيان، أو في المنافع والحقوق[1] على السواء، فاختلاف طبيعة محل الملك، لا يؤثر على تمام معنى الملك فيه.

رابعاً - يُستخلص من تعريفه، أن الملك الذي محله مال من عين أو منفعة[2] أو حق، أو معنى، من أبرز خصائصه قبولُه المعاوضة، وهي لا تكون إلّا في المال.

خامساً - ونتيجة لعنصر الاختصاص، وآثاره الثابتة به، وما ينهض بذلك من علاقة مباشرة ظاهرة وواقعية بين المؤلف وحقوقه الابتكارية، أن ليس لأحد غير المؤلف من سلطة على إنتاجه المبتكر، أو التصرف فيه تصرفاً نافذاً إلّا بإذنه، وهذا مؤدى قول القدسي في «حاويه»: «اختصاص حاجز»، أي: مانع للغير من التصرف والانتفاع.

سادساً - يلزم عقلاً من ثبوت الحق بحكم شرعي مقدَّر في منافع حقوق الابتكار، ومن اقتضائه تمكين صاحبه من الانتفاع به، والمعاوضة عنه، أقول: يلزم عن ذلك عقلاً حماية الشارع لهذا الحق، كسائر الحقوق الخاصة، من العدوان عليه، وإلّا لم يكن لهذا الحق من معنى، بل لا يتصور، للتناقض.

وأيضاً، حق المعاوضة يُؤذِنُ بذلك؛ لأنه يقوم على التراضي الحر، والتراضي هو

---

(١) لأن الحق أساسه «الملك» ولا يخلو من نوع من الانتفاع، لكن ليس كل حق مالاً، فالحق أعم.

(٢) على أن المذهب المالكي، يتجه - كما علمت - إلى أن «ظاهر المال» إذا أطلق يشمل العين والعَرَض، وهو المنفعة أو الفائدة التي لا تُمكن الإشارة إليها حسًا، إلّا إذا أُضيفت إلى مصدرها، كما قدمنا، وأمكن استيفاؤها، والمنفعة العلمية - بإمعان النظر في حقيقتها - يتحقق فيها مناط المالية هذا. «شرح حدود ابن عرفة» ص٣٨.

أساس حل انتفاع كلٍّ من الطرفين بمال الآخر، فإذا انتفى التراضي بالعدوان والغصب، انتفى أصل الحل، وكان المتعدي مسؤولاً بالرد أو الضمان، حسب الأحوال، وذلك آية الحماية.

وبذلك، يتحقق مناط الملك في اجتهاد المالكية ـ ولا سيما القرافي نفسه ـ في الإنتاج المبتكر، باعتباره حكماً شرعيًّا مقدراً وجوده فيه، وما يستلزمه من مقتضيات، وكل ملك مال.

٤ ـ مفهوم «المال» عند متأخري الحنفية:

خالف متأخرو الحنفية متقدميهم في عنصر «العينية» مقوِّماً من مقومات مفهوم المال، فقد جاء في «الدر المنتقى شرح الملتقى» في تعريف المال: «ويطلق المال على القيمة، وهي ما يدخل تحت تقويم مقوِّم من الدراهم والدنانير»[١].

فمناط المالية إذن هو «القيمة» التي تقدر بالدراهم والدنانير عند متأخري الحنفية.

وعلى هذا، كلُّ ما لَهُ «قيمة» بين الناس عرفاً، فهو مال شرعاً، وهو عين ما اتجه إليه فقه الحنابلة، والشافعية، والمالكية، إذا كان الشيء يباح الانتفاع به شرعاً ـ كما رأيت ـ لأن «القيمة المالية» تستلزم المنفعة، كما أشرنا، ولا يتعارف الناس على تقييم ما ليس له منفعة بداهة، ولا يجري فيه التعامل، والعرف هو الأساس، وبذلك يمكن القول أن متأخري الحنفية، يضعون ضابطاً عامًّا للمال، هو: «كل ما له قيمة مالية عرفاً» فالعرف هو «المُحَكَّم»، ويتفق هذا الضابط وما عرف من أحدث الضوابط في الفقه العالمي بوجه عام، من أن المال هو: «كل حقٍّ ذي قيمة مالية بين الناس»، وبذلك يندرج الإنتاج الفكري في هذا الضابط العام عند متأخري الحنفية، لما له من قيمة مالية بين الناس عرفاً، لا تنكر، وبما يبذل الناس من نفيس أموالهم في سبيل تَمَوُّلِ مصادره، ما دام لا يصادمه دليل من جهة الشرع.

---

(١) راجع: «رد المحتار» الحصكفي: (١/ ١١).

الاختصاص يقوم مقام الحيازة المادية ـ إذا استحالت ـ في كثير من أحكام الشرع:

هذا، والحق ـ بما يمتاز عن الإباحة بميزة الاختصاص ـ يغدو بوسع صاحبه أن يستحوذ على إنتاجه في الابتكار الذهني، فيمنع غيره من نشره أو استغلاله[1] بدون إذنه، والشرع أو القضاء يحميه، دون أن يتوقف ذلك على الحيازة المادية لهذا الإنتاج، ألا ترى إلى حق الدين ـ وهو مالٌ حكماً ـ أمر اعتباري، أو وصف ثابت في الذمة، يقوم الاختصاص فيه مقام الحيازة المادية؛ لأن طبيعته تأبى قبولها، والشرع بالنسبة لكل شيء لا يوجد إلّا على وضع معين، لا يتطلب ولا يشترط شروطاً تضادُّ هذا الوضع؛ لأن ذلك من المحال الذي لا يتحقق بالتكليف به مقصد شرعي، فكذلك ما نحن فيه، كما بينا، فينبغي تحكيم مقاصد التشريع في الاجتهادات الفقهية.

على أن الدول الحديثة، قد وضعت «نظام حماية» لهذا النوع من الملكية، وهو نظام التسجيل والإيداع، بأرقام متسلسلة، تحقيقاً للاختصاص، وحفظاً للحقوق، والشريعة تُقر مثل هذا النظام أو الإجراء الذي يحفظ الحق لصاحبه، كما فرضت عقوبات على اغتياله أو انتحاله، كمؤيد لحماية هذا الحق، وهو إجراء تنهض بقبوله سياسية التشريع في الإسلام؛ لأن مقصدها صيانة الحق، وإقامة العدل، وتحقيق المصلحة المشروعة، وهذا أبلغ في حماية الملك من الاستحواذ المادي، ولا سيما فيما تأبى طبيعته ذلك.

وبذلك توافرت في الإنتاج الفكري الخصائص التالية:

١ ـ **الاختصاص:** وهو جوهر الملك (حق الملكية) وهو لا يكون إلّا فيما له قيمة بين الناس؛ إذ لا معنى للاختصاص بشيء لا قيمة له، لا شرعاً ولا عرفاً، ولا تشترط فيه الحيازة المادية فيما تأبى طبيعته ذلك.

---

(١) وهذا المعنى أشار إليه التفتازاني صاحب كتاب «التلويح على التوضيح» في الأصول، بأن الملك يصدق على كل شيء مادي أو معنوي، من شأنه أن يتصرف فيه صاحبه على وجه الاختصاص. (٩٨/٢)، ولم يشترط الحيازة المادية كمتقدمي الحنفية؛ إذ لا يتعلق بهذا الشرط مقصد شرعي في الصفة المالية للأشياء، والمقصد الشرعي مُحكَّم في الاختلاف، يَفْصِلُ فيه.

٢ـ **المنع**: وهو نتيجة حتمية للخصيصة الأولى، أي: الاختصاص الذي يمنع الغير.

٣ ـ **جريان التعامل فيه**، والمعاوضة عنه عرفاً، وهذا من مقتضيات الملك شرعاً، إذ المعاوضة أساسها الملك، ولا تجري في المباحات.

٤ ـ **حق المطالبة القضائية**، وهي نتيجة للحماية الشرعية للحق.

متأخرو الحنفية يجيزون النزول عن حق الوظيفة بالمال:

على أن متأخري الحنفية، قد أجازوا النزول عن حق الوظيفة بالمال[1]، وهو حق مجرد، لا متقرر، كما تعلم، ومُدْرَكُهم الشرعي في هذا هو الاستحسان، ودليله هو العرف، أو المصلحة، أو الحاجة، يفهم هذا من تعليلهم بأنه «لما جرى به العرف في المعاوضة، أصبح يُعدُّ مالاً» خلافاً لما كان عليه متقدموهم، الذين كانوا «لا يجيزون ذلك، لشبهة الرشوة»[2].

وكأن متأخري الحنفية، استندوا في اعتبار هذا الحق مالاً إلى «مناط المالية» عند الجمهور الذين يعتبرون مالاً كل ما له قيمة بين الناس عرفاً، عيناً كان أم منفعة أم حقًّا، والمعاوضة عنه بالمال قرينة على ذلك.

فهذا ـ كما ترى ـ تطور بالغ المدى في مفهوم المال شرعاً في اجتهاد متأخري الحنفية.

وتأسيساً على هذا الأصل، يمكن القول بأن الإنتاج الفكري المبتكر بالنظر إلى كونه منفعة ظاهرة الأثر، وبما هو ثمرة لجهد الصفوة المختارة من العلماء لميزة الابتكار فيه، وبما أضحى له من قيمة مالية عالميًّا لا يمكن تجاهلها، وبما يتحقق فيه من حاجات الناس وضروراتهم في معايشهم، يكون مالاً من باب أولى؛ لأن هذا

---

(١) «رد المحتار»: (٤/ ٢٠٥)، أول باب البيوع، مطلب في النزول عن الوظائف بالمال، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي ص٣٢٧، و«كشاف القناع»: (١/ ٧)، و«شرح منتهى الإرادات»: (٢/ ٢٤٨)، و«الموافقات»: (٢/ ١٧).

(٢) المراجع السابقة.

«المناط» متحقق فيه بصورة آكد[١]، في اجتهاد أئمة المذاهب الأربعة، ما عدا متقدمي الحنفية.

الرد على متقدمي الحنفية:

أما الرد على متقدمي الحنفية الذين اشترطوا لتحقق صفة المالية توفر عنصرين: «العينية والقيمة» بحيث اعتبروهما المُقَوِّمين لفهوم المال ومناطه، فَيَرِدُ عليهم من النقد ما يلي:

أولاً ـ أن «العينية»[٢] لم يوافقهم على اشتراطها أحد من فقهاء المذاهب الأخرى، فضلاً عن أن المتأخرين منهم، لم يأخذوا بهذا الشرط حين أجازوا الاعتياض عن الحقوق المجردة بالمال، كحق الوظيفة، بل وحين حددوا مناط المالية على النحو الذي رأيت.

ثانياً ـ اشتراط «العينية» إنما كان منهم بقصد إمكان تحقيق «الحيازة المادية» التي يتحقق بها الاختصاص ـ في نظرهم ـ وهو جوهر الملك، ولما كانت هذه «الحيازة المادية» لا تتصور إلّا في الأعيان، لذا اشترطوا في المال أن يكون عيناً، لكن هذا النظر أقرب إلى الصناعة الفقهية منه إلى النظر في المفاهيم الشرعية، ودلالات التشريع، أو ربما يكون أقرب إلى المفهوم اللغوي منه إلى المفهوم الشرعي ومقصد الشارع؛ إذ يتحقق الاختصاص دون الحيازة، أو الاستحواذ المادي، كما رأيت.

ثالثاً ـ اشتراط «إمكانية الادخار» لتحقيق صفة المالية في الأعيان، يُخرج من مفهوم المال ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته، كالخضر والفواكه، مع أنها مال عرفاً، لجريان التعامل فيها، لعظيم نفعها، وبالغ أثرها.

رابعاً ـ قالوا: إن المنافع إنما تُقَوَّم بعقد الإجارة عليها، على خلاف القياس، أي

(١) راجع: «رد المحتار على الدر المختار» لابن عابدين: (٤/ ٥١٩)، و«الموافقات»: (٤/ ٢٠٥).

(٢) «المبسوط» للسرخسي: (١/ ٧٨)، و«التلويح مع التوضيح» للتفتازاني: (٢/ ٩٨)، و«رد المحتار»: (٥/ ٥٠).

استثناءً، لأجل المصلحة، وهذا المُدْرَك أو العلة متحقق في أصل المنافع، سواء ورد عليها العقد أم لم يرد، مما يقضي بوجوب اعتبار أصل المنافع أموالاً، لاتحاد العلة، وهو المصلحة(١).

خامساً ـ لم يُعهد شرعاً أن العقد يغير من خصائص الأشياء، فيجعل مالاً ما لم يحكن كذلك؛ لأن وظيفة العقد إنما هي إنشاء حقوق والتزامات بين طرفيه في محله، كما هو معلوم، لا تغيير طبيعة هذا المحل، بل يُشترط أن يكون محل العقد مالاً متقوماً ابتداءً، حتى يصح ورود العقد عليه، ويترك أثره فيه.

فما ليس بمال لا يصح أن يكون محلًا للعقد أصلاً، والعقد لا يبدل طبيعته، بل العقد عليه باطل.

فكيف يستقيم في منطق الشرع إذن، أن يكون ما هو شرط في انعقاد العقد، أو صحته، أن يصبح العقد شرطاً في تقومه واعتباره؟

وكيف يستقيم في منطق الشرع والعقل أيضاً، أن يكون ما هو وسيلة إلى المنفعة، مالاً، ولا يكون المقصد من تلك الوسيلة مالاً؟ منطق عجيب لم نعهده في فقه وضعي، فضلاً عن التشريع الإلهي.

سادساً ـ على أن ما اشترطوه من ضرورة «الحيازة المادية» متحقق في المنافع، والأمور المعنوية، ومنها الإنتاج الفكري المبتكر؛ إذ يمكن أن تتحقق الحياة المادية للمنافع، ولكن بطريق غير مباشر، وذلك عن طريق حيازة مصادرها، كما قدمنا، فحيازة مصادرها حيازة لها، فيجب أن يُتوسع في مفهوم الحيازة ليشمل المنافع والحقوق؛ إذ الحيازة ينبغي أن تكون في كل شيء بحسبه، وهذا معهود في الشرع، مجاراةً لطبائع الأشياء، وخصائصها الذاتية، ألا ترى إلى اشتراط الشارع رؤية المبيع للزوم العقد، حيث قالوا: إن الرؤية ليست هي خصوص

(١) «المبسوط» للإمام السرخسي: (٧٨/١١).

الرؤية البصرية، بل تكون في كل شيء بحسبه، وكما في القبض والحِرْز، فكذا ما نحن فيه.

ونظير ذلك أيضاً، ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في تحديد «مفهوم الإحياء» الذي هو سبب الملك في الأرض المَوات، لقوله ﷺ: «**مَنْ أحيا أرضاً مَيْتَةً فهي له**»[١] من أن الإحياء هو «ما تعارفه الناس إحياءً في مثل المُحْيا»؛ لأن الشارع لم يحدد صفة ولا كيفية له، فيصار إلى «العرف» فكذلك الحيازة، متروك أمر تحديد مفهومها إلى العرف الذي يقوم عليه التعامل، وتتحقق به المصالح.

سابعاً ـ أن هذه الاستثناءات التي أوردوها على ضابطهم العام في المال، دليل على فساد النظر فيه، فقد استثنوا «منافع مال اليتيم» فاعتبروها أموالاً متقوّمة في ذاتها قبل ورود العقد عليها، أي: على خلاف القياس، ونتج عن ذلك أنها تُضمن بالغصب، محافظةً على حقه، وكذلك «منافع الأعيان التي يملكها بيت المال» أو منافع الأعيان «المُعَدَّة للاستغلال» من مثل دور السكن، والحوانيت، وسيارات الأجرة، وما إليها.

وعلى أساس هذا المُدْرَك الأخير لمتقدمي الحنفية، يمكن اعتبار الإنتاج الفكري للمؤلف، والذي طبع في كتاب، أو استقر في عين، مالاً مُعَدًّا للاستغلال، واقعاً، وعلى ذلك فإن غصبه يلزم بالضمان والتعويض.

وهكذا يمكن القول بأن ما تقضي به أصول التشريع، وقواعد العامة، وما عثرنا عليه من اجتهادات الأئمة فيما يتعلق بمناط المالية[٢]، وخصائصها، والملك وخصائصه، من حيث إن الملك مال[٣]، أنها تقضي بأن ينهض بالمال مقومان اثنان هما:

---

(١) أخرجه الترمذي: ١٣٧٩، والنسائي في «الكبرى»: ٥٧٥٨، وأحمد: ١٤٢٧١، من حديث جابر بن عبد الله، وهو حديث صحيح.

(٢) في فقه الجمهور، ولا سيما تحديد الإمام ابن عرفة المالكي.

(٣) من حيث إن الملك مال، كما حدده الإمام الشاطبي المالكي.

١ ـ العرف. ٢ ـ القيمة.

رد شبهات:

١ ـ تحريم كتمان العلم لا يستلزم نفي ما للمؤلف من حق مالي في إنتاجه الفكري المبتكر:

أ ـ أما مسألة «كتمان العلم» الذي دل الحديث الشريف على تحريمه لزوماً من التهديد والوعيد عليه: «**من كتمَ عِلماً يَعْلَمُهُ، جاء يوم القيامة مُلْجَماً بلجام من نار**»[1]، فلا ينقض ما تأصل في التشريع الإسلامي من أصل عتيد قطعي، هو ما يقضي به للإنسان من «حق الملك» في كل ثمرات جهده، والله تعالى يقول: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، ويقول تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُواْ ٱلنَّاسَ أَشْيَآءَهُمْ﴾ [الأعراف: ٨٥].

ب ـ هذا، وكتمان العلم كاحتكار المنافع، والخبرات، والسلع، حيث يُخفيها أربابها تغالياً في أثمانها، والناس في حاجة ماسة إليها، ولم يقل أحد: إن حرمة الاحتكار تستلزم شرعاً بذل المادة المحتكرة مجاناً ودون عوض، وبالسلع قوام الأبدان، وبالفكر قوام الأرواح والعقول، بل قوام المدنية والحضارة وعمارة الكون، فتحريم الكتمان لا يستلزم نفي المالية، بل على العكس من ذلك، لِمَا رأيت من أن الفقهاء قد أجمعوا على أن يكون بيع المادة المحتكرة بأثمان معقولة تحفظ الحق للفريقين، دون وكس ولا شطط.

ج ـ على أن تحريم كتمان العلم، يحتمل الدلالة على معانٍ عدة، تُسقط حجية الاستدلال بالحديث على موضوعنا، لكثرة هذه الاحتمالات التي منها:

١ ـ أن كتمان العلم يعني إظهار الزيف، وإخفاء الحقائق أو تحويرها، مجاراة لسياسة قائمة، أو خوفاً من بطش ظالم، أو كفراً بالدين الحق[2]، وهو أمر

---

(١) أخرجه أبو داود: ٣٦٥٨، وابن ماجه: ٢٦١، وأحمد: ١٠٤٨٧، من حديث أبي هريرة، وإسناده صحيح.

(٢) ومن ذلك صنيع علماء اليهود، حيث كانوا يكتمون ما بيّنه الله تعالى في كتابهم ـ التوراة ـ مما يتعلق =

لا يتصل بموضوعنا، من قريب أو بعيد، ولا يستلزم بالضرورة نفي حق المؤلف في ثمرات مجهوده الشاق المضني.

فليس مناط حكم الحديث إذن متعلقاً باقتضاء المؤلف حقه في المعاوضة عن إنتاجه العلمي المبتكر.

وبذلك يتفق مضمون هذا الحديث الشريف على أحد احتمالاته، مع قوله ﷺ: **«أفضل الجهاد، كلمة حق عند سلطان جائر»**[(1)]. ولا ريب أن حمل الحديث على هذا، خير من مصادمته لأصل قطعي عام في القرآن والسنة، من أن للإنسان حقًّا ثابتاً مؤكداً في ثمرات جهده وعمله، ولا سيما في الأعمال المبتكرة التي لم يُسبق إليها، وقد استغرقت جهده وعمره، والحديث الأحادي الظني ـ ولو لم تكن فيه هذه الاحتمالات ـ لا يقوى بداهة على معارضة القطعي، فضلاً عما في ذلك من هضم للحق، وظلم لصاحبه، والظلم عدو الإسلام الأول.

فيجب التوفيق بين النصوص عند التعارض ما أمكن.

٢ ـ كما يحتمل الدلالة على وجوب إجابة المستفتي عن فتواه، وتوعيته فيما يلم به من شأن، بإخلاص وتجرد، ولو كانت الفتوى نقلاً وتقليداً للعلماء، ولا ابتكار فيها، ولا اجتهاد، وهو لا يتصل بخصوص موضوعنا، كما ترى.

٣ ـ ويحتمل أيضاً الدلالة على حرمة احتكار العالم للعلم، والحيلولة دون نشره وتوزيعه، حتى لا يُرى غيرُه عالماً، أو حرمة جعله حِكْراً بين طائفة معينة على النحو الذي كان معهوداً بين رجال الاكليروس، استئثاراً برياسة العلم، واستغلالاً للمنافع المادية الدنيوية لتلك الرياسة.

= بأمر محمد ﷺ وبنبوته، وصفته، ومبعثه، والهدى الذي جاء به، حيث يقول سبحانه: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَآ أَنزَلْنَا مِنَ ٱلْبَيِّنَٰتِ وَٱلْهُدَىٰ مِنۢ بَعْدِ مَا بَيَّنَّٰهُ لِلنَّاسِ فِى ٱلْكِتَٰبِ ...﴾ الآية [البقرة: ١٥٩]، «الكبائر» للذهبي ص١٤٦.

(1) أخرجه أبو داود: ٤٣٤٤، والترمذي: ٢١٧٤، وابن ماجه: ٤٠١١، وأحمد: ١١١٤٣ مطولاً، من حديث أبي سعيد الخدري، وهو حسن لغيره.

٤ ـ وفيه احتمال الدلالة أيضاً على رفض القيام بمهمة التعليم والتثقيف والتدريس، والنكول عنها، مما يُعَدُّ امتناعاً عن تلقين أمور مقررة ليس فيها اجتهاد، ولا ابتكار، مع القدرة على التعليم، والتفرغ له، وحاجة الناس إليه.

ومع هذه الاحتمالات لا يكون الحديث نصًا في خصوص موضوعنا، فلا يصح الاحتجاج به.

٥ ـ على أن الحديث منصوص العلة، وهو «الكتمان» لا «المعاوضة» بقوله عليه السلام: «**من كتم علماً**[١] . . .»[٢]، وما نحن فيه ليس فيه كتمان، بل فيه نشر وتوزيع، وإذا انتفت العلة في المعاوضة، انتفى الحكم، وهو التحريم.

وإذا لوحظ أن هذا العالم أو الباحث قد وقف حياته كلها على هذا الجهد، فكيف تستقيم حياته إذا حُرم من حقه فيه؟ أيعيش على الصدقات، وما تجود به أنفس المحسنين؟ وحقه في عمله ثابت له شرعاً؟

٦ ـ على أنّا رأينا الفقهاء الأعلام، يُقَوِّمون جهود الحيوانات لأصحابها، ومنافع الهوامّ والحشرات والديدان، وأصوات الببغاوات، وتغريد البلابل، ومنفعة الكلاب في الحراسة، أفلا يكون للجهد العقلي الإنساني المبتكر ـ في منطق هذا الفقه ـ مكان في هذا التقويم الشرعي!؟

الشرع الإسلامي عدل كله، ومعقول المعاني والمقاصد، فثبتت المالية للابتكار الذهني بالأقيسة الأولوية.

٧ ـ ألم يُجز الرسول ﷺ جعل تعليم بعض من آيات القرآن الكريم مهراً؟ ومعلوم أن المهر لا يكون إلّا مالاً[٣]، فثبت أن «التعليم» يُقوَّم بالمال شرعاً، بدليل

---

(١) أخرجه أبو داود: ٣٦٥٨، وابن ماجه: ٢٦١، وأحمد: ١٠٤٨٧، من حديث أبي هريرة، وإسناده صحيح.

(٢) ومن المقررات الأصولية في مسالك العلة، أن تعليق الحكم على المشتق، يؤذن إيذاناً وإيماءً بِعِلِّيَّة ما منه الاشتقاق، وهو المصدر (الكتمان).

(٣) لقوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤].

جعله مهراً وعوضاً، وتعليم القرآن الكريم طاعة بلا ريب، وهو جهد محدود، لا يعدو أن يكون مجرد ترديد لآيات من القرآن الكريم ممن يحفظها ويتلوها تعليماً، أو تحفيظاً لغيره، فلا يرقى مثل هذا الجهد إلى مستوى الجهد العقلي للعلماء بالبداهة، بما يتسم به من الابتكار الذي هو مظهر الثقافة الواسعة، والتعمق الفكري، بل لا سبيل إلى المقارنة بينهما، فإذا كان التعليم جهداً مقوماً بالمال، فالإنتاج المبتكر من باب أولى.

٢ ـ العدل في الجزاء الأخروي أصل يستلزم وجوب إقامة العدل في الجزاء الدنيوي؛ إذ العدل لا يتجزأ:

على أن ما وعد الله تعالى به المؤمنين العاملين من ثواب أخروي، جزاءً وفاقاً، فيه إشارة وإرشاد للناس إلى «العدل» الذي يجب أن يستقر مبدأً يعملون بمقتضاه فيما بينهم في الدنيا؛ إذ العدل لا يتجزأ، فما هو عدل في الآخرة، هو عدل في الدنيا في شرع الله، وقد ورد آيات كثيرة تقرر هذا الأصل الذي يقضي بأن يكون «الجزاء على قدر الجهد الذاتي» بقوله سبحانه: ﴿هَلْ تُجْزَوْنَ إِلَّا مَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [النمل: ٩٠] وأن مراتب الجزاء إنما تكون تبعاً لمدى أثر العمل وجدواه، أي: مدى نفعه، وقوة المصلحة فيه، لقوله تعالى: ﴿وَلِكُلٍّ دَرَجَٰتٌ مِّمَّا عَمِلُوا۟﴾ [الأحقاف: ١٩]، وأمّا قوله تعالى بعد ذلك: ﴿وَلِيُوَفِّيَهُمْ أَعْمَٰلَهُمْ﴾ [الأحقاف: ١٩]، ففيه إشارة إلى أن العامل إذا ما بُخس حقَّه في دنياه، فسيوفى حقه كاملاً عند الله تعالى في آخرته، وهكذا ترى أن الترابط قائم بين الحقين أو الأجرين في الدنيا والآخرة، ولا تناقض، والكل طاعة، ما دام يبتغي بعمله وجه الله تعالى، مخلصاً فيه، متقناً إياه، متوخياً نفع الأمة به.

فتلخص أن لا تناقض بين إقرار المثوبة في الآخرة، ووجوب الحق في الدنيا، ودليل ذلك الجهاد، وأن حديث «الكتمان» لا حجة فيه؛ لأنه منصوص العلة، وهي الكتمان، لا المعاوضة، ولو كانت «الطاعة» هي «العلة» في حرمان العامل من حقه في دنياه، لسقطت الحقوق جميعاً، وأُهدرت المنافع، وظلم العاملون، وانتقض شرع الله تعالى، ولا يقول بهذا أحد.

حقوق المؤلف قِبَلَ الناشر والمستفيد:

أ ـ معيار تقدير منفعة العمل الفكري المبتكر بالنسبة للناشر:

يتحدد مقدار هذه المنفعة بعدد النسخ المتفق على طبعها، أو تصويرها، أو النماذج التي تم التعاقد على صنعها، حتى إذا نفدت، عاد الحق في أصل المنفعة إلى المؤلف، أي: في بيع مقدار آخر منها على هذا الأساس، وهو حق مقصور على صاحبه.

وهذا المعيار في التقدير متفرع عن اعتبار منفعة العمل الفكري أشبه بالثمرات منه بمنافع العقارات، كما أسلفنا، لسبب بسيط، هو أن منفعة العقار التي تحدد مقدارها بالزمن أو بالمسافة، أو غير ذلك من الوسائل المتعارفة ـ كما علمت ـ، أقول: إذا تعين مقدار المنفعة الذي تم استيفاؤه، بإحدى تلك الوسائل، عاد للمالك حقه في بيع مقدار آخر منها، أما محل المنفعة، وهو العقار، فلم يَزُلْ عن ملكه، وهذه هي الإجارة التي لا تعدو أن تكون بيعاً للمنافع بعوض، والعين المؤجرة أمانة في يد المستأجر.

وكذلك الشأن في منافع الأعيان المنقولة إذا حددت مقاديرها بالزمن والمسافة كالطائرات والسفن وما إليها.

أما فيما نحن فيه، فالأمر مختلف؛ إذ الناشر ومن تلقى الملك عنه من المستفيدين، يملكون العين ذاتها التي قام بها الإنتاج، سواء أكان ملك العين مجردة في الأصل للمؤلف، ثم انتقلت عنه بعقد البيع، أم كانت ملكاً للناشر في الأصل، ثم انتقلت إلى المستفيد، ومن هنا كانت منفعة العمل الفكري أشبه بالأعيان القائمة بذاتها كالثمرات، منها بمنافع العقار، بجامع الانفصال والاستقلال في كلٍّ، فيختلف معيار التقدير تبعاً لذلك، كما تختلف حقيقة العقد، وتكييفه، فيغدو عقد بيع لا عقد إجارة.

ولا يغير من حقيقة هذا العقد، أن تكون النماذج المجردة في الأصل ملكاً للمؤلف أو الناشر؛ لأنها بمثابة «وعاء» يحتوي الثمرات، ولذلك اعتباره في حساب

ثمن المبيع، ولا أثر له في حقيقة العقد من حيث كونه عقد بيع، كما ذكرنا.

أو بعبارة أخرى: لا يخرج العقد الذي تم إبرامه بين المؤلف والناشر عن كونه عقد بيع، أن تكون ملكية النماذج مجردة، للمؤلف أو للناشر؛ لأنه بمثابة وعاء، ولملك الوعاء أثر في ثمن المبيع زيادة أو نقصاً حسب الأحوال لا في حقيقة عقد البيع نفسه.

والخلاصة: أن اعتبار منافع العمل الفكري المبتكر بالثمرات، وقياسه عليها، يجعل العقد الوارد عليه عقد بيع لا عقد إجارة، حيث يملك المشتري أو المستفيد المبيع ـ وهو النسخة ـ عيناً ومنفعة، ويتحدد مقدار المبيع ـ وهو المنفعة ـ بعدد النسخ، أو بالنسخة المشتراة حسب الأحوال، وتكون حيازة المشتري للنسخة حيازة ملك لا حيازة أمانة.

ب ـ العلاقة التي ينشئها عقد بيع النماذج بين الناشر والمستفيد، ومدى الحقوق المكتسبة بهذا العقد:

أما العلاقة التي ينشئها العقد بين الناشر والمستفيد، مثل أصحاب المكتبات التجارية والعلمية، أو القراء، بوجه عام، فمقدار المنفعة محدد بالنسخة ذاتها، أيضاً، كما بينا، ينتفع في حدودها؛ لأنه ملك هذا المقدار من المنفعة، واستوجب ملكُ المنفعة، حيازة العين التي تقوم بها، ولكنها حيازة ملك لا حيازة أمانة، كما أشرنا، فتحدد مقدار المنفعة بأصلها ومحلها، كالكتاب ونحوه. وهذا فارق أساسي بين منفعة الكتاب، ومنفعة العقار، أو المنقول في عقد الإجارة.

وتأسيساً على ذلك، لا يملك المشتري الذي تلقى الملك من الناشر أصلاً المنفعة التي يملكها المؤلف؛ لأن الناشر نفسه ـ وهو المُمَلِّك ـ لا يملك أصل المنفعة، بل مقداراً معيناً منها، وتحدد بعدد النسخ، ومن المقررات في الفقه أن المالك لا يستطيع أن يُمَلِّك[1] أكثر مما يَمْلِك، وإلّا كان متعدياً غاصباً وضامناً.

---

(١) بتشديد اللام وكسرها.

وإذا كان الناشر لا يجوز له أن يملك إلّا المقدار المحدد من النسخ المتفق عليها، فكل عقد تمليك صادر منه يجاوز هذا العدد، يعتبر تصرفاً باطلاً وحراماً إن لم يجزه المؤلف؛ لأنه تصرف في ملك الغير، دون إذن منه، ولا ولاية.

هذا، ولا سبيل إلى تحديد مقدار المبيع إلّا على هذا الوضع، فلا يُنهى عنه، كما يقول الإمام ابن تيمية، بل يكون جائزاً شرعاً، لوجود المقتضي، وانتفاء المانع.

وبغير هذا المعيار تتسرب الجهالة إلى تعيين المبيع ومقداره، وهي جهالة مفسدة لعقد البيع إجماعاً، ومن ثم لا يحل لأيٍّ من طرفي العقد أن ينتفع بمال الآخر على هذا الوجه.

وقد قدمنا أن الشارع الحكيم، لا يشرع من الأحكام، ويضع من الشروط، ما لا يتفق والأوضاع المعينة التي لا توجد الأشياء بطبيعتها إلّا عليها، تعارفاً وتعاملاً؛ لأن ذلك لا يقع في التكليف بداهة؛ إذ لا يتعلق به مقصد شرعي غير تعجيز المكلفين، وإيقاعهم في الحرج والعسر، وهو خلاف مقتضى الأصول الشرعية القاطعة.

ومن هنا جرى «العرف» على هذا الوضع بالنسبة لحقوق الابتكار، وللعرف اعتبار في التشريع، ولا سيما في فقه المعاملات الذي يقوم أساساً على تحقيق المصالح، ودفع حاجة الناس، ما دام لا يوجد في الشرع ما يصادمه بوجه خاص، وكل حكم فرعي يعود على أصله بالنقص باطل.

إذا تقرر هذا، فإن القارئ المستفيد أو المكتبة التجارية، أو العامة، لا يملك أي منهم من المنفعة إلّا المقدار الذي تحدد بعدد النسخ أو النماذج المشتراة؛ إذ لا يمكن أن تُقَدَّر إلّا بذلك، ولا أن تباع إلّا على هذا الوجه، بدليل جريان التعامل في العالم على هذا الوضع.

ومن ثَمَّ، لا يجوز للمستفيد أن يطبع أو يصور نسخاً أُخرى على نسخته للاستغلال، أو للإعارة، أو للإباحة الخاصة للغير؛ لأنه لا يملك أصل المنفعة، بل مقداراً محدداً منها، فتحدد حقه في التصرف في حدود هذا المقدار، استعمالاً أو استغلالاً، أو إباحة خاصة للغير، أو إعارة.

ومن ثَمَّ كان له أن يبيع ما اشترى من النسخ، أو أن يؤجرها أو يعيرها، أو يبيح لغيره الانتفاع بها إباحة خاصة دون عوض.

ومعلوم أن الإباحة الخاصة إنما تكون في حدود ملك المبيح، وهي لا تفيد المباح له ملكاً، بل مجرد مكنة الانتفاع[1] الشخصي فحسب.

ج ـ المكتبات العامة العلمية، والجامعية، والمراكز الثقافية، والتجارية، وما إليها، حقها المكتسب كالمستفيد الفرد، إن في مقدار المبيع، أو وجوه التصرف في حدوده:

وكذلك الشأن في المكتبات العامة، والجامعية، والمراكز الثقافية؛ إذ تملك أن تبيح لروادها الانتفاع بالكتب أو النماذج انتفاعاً شخصيًّا، وفي حدود ما تملك من نسخ، أو إعارتها، بإذنها، وقد تبيع هذه النسخ المشتراة إذا لم يعد لها بها حاجة، ولكنها لا تملك حق الطباعة أو التصوير دون ترخيص من المؤلف بعوض أو بدون عوض.

على أنه يُشترط في الترخيص لهؤلاء أو لغيرهم، ألا يكون على وجه يتعارض وما يكون قد التزم به المؤلف من شروط قِبَلَ ناشر سابق، حتى لا يؤدي إلى الإخلال بحق مكتسب ثابت للغير، وسابق على هذا التصرف؛ لأن «مقاطع الحقوق عند الشروط» كما يقول الإمام عمر رضي الله عنه ولوجوب الوفاء بالعقود شرعاً على وجه لا يؤدي الوفاء بأحدها إلى نقض حق ثابت مقرر بعقد آخر سابق عليه.

د ـ الانتفاع العلمي باقتباس أفكار المؤلف أو صِيَغِه وعباراته، تأييداً لفكرة علمية ارتآها المقتبس، أو من أجل التوسع فيها، والبناء عليها، جائز شرعاً، شريطة أن يَغزُوَ الأفكار إلى مؤلفيها، أداءً للحق العلمي لمؤلفه:

ومن نافلة القول أن نشير إلى أن للمستفيد ـ إذا كان عالماً ـ أن ينتفع من الكتاب

---

(١) ثمة فروق بين ملك المنفعة، وحق الانتفاع، عند الحنفية، فالأول لا يكون إلّا بعقد ملك كالإجارة والإعارة، أما حق الانتفاع فهو مجرد إذن وترخيص بالانتفاع الشخصي دون تمليك. والإعارة مُخْتَلَفٌ في موجَبها ـ بفتح الجيم ـ هل هو تمليك للمنافع بدون عوض، أو هو مجرد حق في الانتفاع دون تمليك؟

في اقتباس بعض أفكار المؤلف، في إنتاج فكري مبتكر يقوم به الباحث المقتبِس؛ لأن هذا ضرب من الانتفاع الشخصي المباح له شرعاً، دون إخلال بحق لأحد، ولا استغلال فيه، مع وجوب العزو[1]، لكن لا يجوز انتحال الكتاب جملةً، أو فصلٍ من فصوله، لينسبها المنتحل إلى نفسه زوراً؛ لأن هذا اغتيال لحق المؤلف، وعدوان على جهده، كالاعتداء على عينٍ مالية من أعيان أمواله سواء بسواء، وهو محرم بالنص، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، وقوله عليه السلام: «**لا يحل مال امرئ إلّا عن طيبة من نفسه**»[2]، ولو لم يكن ذلك الانتحال بقصد الاستغلال.

كذلك يجوز للمراكز الثقافية، والجامعات، أن تستفيد من الكتب المقتناة على النحو الذي ذكرنا من باب أولى، لما لها من حق الملك عليها، ولأن النفع أشمل، ولأن الانتفاع بالمصادر العلمية لا يكون إلّا على هذا الوجه، فهو جائز لداعية المصلحة: الاجتماعية، والعلمية العامة.

وهذا يختلف عن «الاستغلال المادي» على وجه الطبع أو التصوير للتجارة، وهو بيِّن.

هـ ـ لا يملك المؤلف منع إباحة الانتفاع العلمي بمبتكراته؛ لأنه حق الله في كل حق فردي، ولكنه يملك أن يمنع استغلالها ماديًا بدون إذن منه ولا ولاية، ويمنع انتحالها زوراً:

وعلى هذا، لا يملك المؤلف منع إباحة الانتفاع العلمي بمؤلَّفه على هذا الوجه؛ لأن للمجتمع حقًّا في كل حق فردي في التشريع الإسلامي، وهو ما يعبَّر عنه بحق الله في كل حق فردي[3]، كما أسلفنا، وإلّا كان كتماناً للعلم، وهو منهي عنه بالنص، ولكن يملك أن يمنع استغلال الغير لكتابه ماديًا بوجه أو بآخر.

إذن يقوم حق المراكز الثقافية، والجامعات، والمكتبات العامة، وما إليها،

---

(١) إضافة أو نسبة الفكرة إلى مبتكرها، أداءً للأمانة العلمية.

(٢) أخرجه أحمد: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثربي، وهو حديث صحيح لغيره.

(٣) «الموافقات» للشاطبي: (٢/ ٣٨٥)، و«الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص١٤٨.

والمستفيدين من روادها، من العلماء، وطلبة العلم، وسائر المثقفين، في الانتفاع بالإنتاج الفكري المبتكر، على أصل مقرر في التشريع الإسلامي، وهو حق الله تعالى، وهو ثابت في كل حق فردي، ولا معنى لحق الله هذا إلّا المصلحة العامة[١].

فلا يملك المؤلف أن يمنع المجتمع حقه هذا، ولكن في حدود الانتفاع العلمي لا الاستغلال المادي، كما أشرنا.

و ـ مبدأ مقاربة التساوي بين العوضين ـ كما يقول الإمام ابن رشد ـ من مباني العدل في تشريع المعاملات، وهو يقتضي توقيت حق المؤلف وورثته من بعده في استغلال إنتاجه العلمي المبتكر[٢]:

على أن مبدأ آخر يحكم المبادلات المالية، وهو مبدأ «مقاربة التساوي» بين البدلين، تحقيقاً للعدل في التعامل، أو «التوازن» في مضمون العقد، أي: بين التزاماته المتقابلة، كما يقول ابن رشد[٣].

ولما كان حق استغلال الإنتاج الفكري بالنسبة للمؤلف ولورثته من بعده، أجيالاً متعاقبة، قد يؤدي إلى الإخلال بهذا «التوازن» الذي هو مبدأ العدل في المعاملات في التشريع الإسلامي، كما ذكرنا، يُرى تحديد أمد حق الاستغلال هذا، ولا سيما إذا لاحظنا أن الأصل في المنفعة هو «التأقيت».

ونرى أن يتولى تنظيم ذلك لجنةٌ من العلماء والخبراء بكل فرع من فروع العلم والأدب، من حيث مقدار عنصر المنفعة، وجودتها، وأثرها، وما يقابل ذلك من عوض عادل.

---

(١) «أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف. بحث النظام الشرعي العام، و«الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» للمؤلف ص١٤٨، و«الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢/ ٣٨٥).

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/ ١٢٣).

(٣) المرجع السابق.

ز ـ أقصى مدة استغلال الورثة لحق الإنتاج العلمي المبتكر ستون عاماً، من تاريخ وفاة المؤلف مورثهم:

وعلى أيٍّ حال، فإنّا نرى ألا تزيد أقصى مدة الاستغلال عن ستين عاماً، من تاريخ وفاة المؤلف، اعتباراً بأقصى مدة للانتفاع عرفها الفقه الإسلامي في حق الحِكْر، وهو حق القرار على الأرض الموقوفة، للغرس أو البناء، بطريق الإجارة الطويلة.

ذلك، لأن أصل هذا الاعتبار[1] هو كون الإنتاج العلمي نسبي الابتكار لاعتماده على تراث السلف، وهو حق عام للأمة، بمثابة الموقوف على جهة بر عامة.

هذا، ويصبح الإنتاج الفكري المبتكر بعد ذلك حقًّا مشتركاً للأمة، وعنصراً من تراثها على مر القرون.

ويمثل الأمة مؤسسة أو جهة خيرية تنشأ لتنظيم حق الاستغلال هذا، والإشراف عليه، أو الدولة.

وللمؤسسة أن تستغل بدورها هذا الإنتاج بعد انقضاء المدة المعينة، ليصرف ريعه في وجوه الخير العام، كطلبة العلم مثلاً لإتمام تحصيلهم، أو بناء المساجد، والمشافي والمدارس، ودور اليتامى والعجزة، وغير ذلك من وجوه البر العام.

كما أن للمؤسسة أن تنشره هي وتعاوض عنه، ولكن في نظير تكاليفه فقط، شريطة ألا تدع مجالاً لأحد لاستغلال حق مؤلفه ماديًا؛ إذ لا يجوز بحال أن نُطْفِئَ حق المؤلف وورثته من بعده في استغلال إنتاج مورثهم، ليرثه غيرهم، لاستغلاله استغلالاً خاصًا، دون وجه حق.

ذلك ما لا يبيحه منطق ولا شرع.

هذا، وللورثة حق مخاصمة المستغل لإنتاج مورثهم، عدواناً، في القضاء.

---

(١) أي: القياس الأصولي الخاص بين الأصل والفرع، لعلة جامعة بينهما.

ح ـ منع ورثة المؤلف من استغلال إنتاجه المبتكر بعد انتهاء المدة المعينة، لا يعني حرمان ناشره من نسبة معينة معقولة من الربح زائدة عن أصل التكاليف:

منع استغلال الورثة لحق المؤلف بعد مضي المدة، يوجب إسقاط حقه المالي، وبيع النسخ على أساس أصل التكاليف، مع زيادة نسبة معقولة معينة من الربح لمن يتولى نشره، نظير أتعابه، فلا يجوز إذن أن يحل أجنبي محل الورثة في تقاضي الحق المالي للمؤلف مورثهم؛ لأنه ضرب من أكل أموال الناس بدون وجه حق، فإذا منع الوارث مع قيام سبب التوريث، فالأجنبي أولى.

ط ـ حق الناشر في النماذج المجردة إذا ملكها بعوض من ماله الخاص:

قد تكون النماذج ملكاً للمؤلف، والطبع على حسابه الخاص، وحينئذ يملك حق التأليف وأوعيته وما تم به إخراجها.

فإذا ورد عقد البيع على مقدار معين من الإنتاج مُحَدَّدِ النُّسَخ، شاملاً لها وَلِما تمَّ به إخراجها، ملكها الناشر جميعاً.

وقد يشترط المؤلف في صلب العقد ألا يشمل إلّا مقدار المنفعة والنماذج مجردة، فيبقى للمؤلف حينئذ الحق فيما تم به إخراج هذه النماذج من الحروف والصور والرسوم والعناوين التي نهض بها فنيون على حساب المؤلف، فتبقى على ملكه بالشرط.

هذا إذا كانت النماذج ملكاً للمؤلف، والطبع والإخراج على حسابه الخاص.

أما إذا كانت النماذج مجردةً ملكاً للناشر، وكانت طباعتها وإخراجها على حسابه الخاص، فإنه يملك كل أولئك ملكاً خاصًا بالإضافة إلى قدر من الإنتاج المبتكر مُحَدَّدٍ بعدد النسخ، دون أصل الابتكار، كما ذكرنا.

وعلى هذا، فلا يملك المؤلف في هذه الحال إلّا أصل المنفعة التي انتقلت ملكية مقدار منها إلى الناشر بعقد البيع، وما سوى ذلك فهو ملك خاص للناشر.

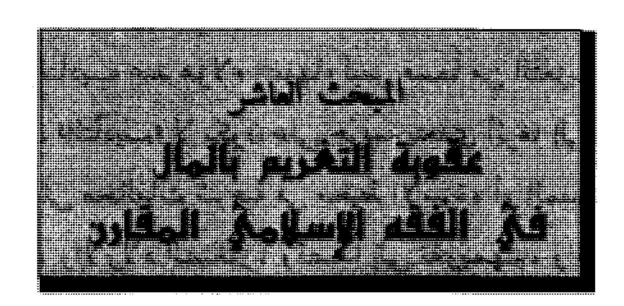
أما المستفيد، فيملك النموذج ورقاً، ومقدار المنفعة الذي تحدد به، ولا يملك ما

تم به إخراجه من الحروف والصور والعناوين وما إليها، مما يدرك بالحس، لما قدمنا، فضلاً عن أنه لا يملك أصل المنفعة.

ومن ثم لا يجوز لأحد ـ حتى المؤلف نفسه ـ أن يصورها أو يقلدها، إلّا بإذن من الناشر نفسه؛ لأنها ملك خاص خالص له، كما قدمنا.

هذا مبلغ أقصى وسعنا من الاجتهاد في هذا الموضوع الجديد الهام الذي لم يخدمه البحث العلمي في القديم ولا في الحديث، والله أسأل التوفيق والسداد، وهو الهادي إلى الحق، وإلى صراط مستقيم.





تمهيد:

من المقرر في التشريع الإسلامي، أن العقوبات فيه على أضرب ثلاثة[1]:

أحدها: عقوبات قدَّرها الشارع بالنص عليها نصًّا صريحاً بيِّناً، كما نص على المعاصي التي شرعت تلك العقوبات النصية المحددة من أجلها، فلا يزاد عليها، ولا ينقص منها، كحد الزنا، وحد القذف، وحد المحاربة وقطع الطريق.

الثاني: ما لا تقدير فيه، كالتعزير، وهو عقوبة على كل معصية لا توجب حدًّا ولا كفارة[2]، مما يكون أصل تقديره وتوقيعه منوطاً بولي الأمر ونوابه.

الثالث: التأديب، كضرب الزوج لزوجته، أو تأديب الآباء والأمهات لأولادهم، لورود النص به[3]، مما يكون أصل توقيعه منوطاً بهؤلاء، لا بولي الأمر، أو من يعيِّنُهم لذلك.

---

(١) «قواعد الأحكام» للإمام العز بن عبد السلام: (٢/ ٧٤ وما يليها).

(٢) «الشرح الكبير مع المغني»: (١٠/ ٢٤٧).

(٣) «قواعد الأحكام»: (٢/ ٧٤ وما يليها).

هذا، والتأديب بالضرب قد ورد به النص بالنسبة للزوجة، تقويماً لها عند النشوز، إذا لم تُجْدِ أي وسيلة أخرى أخف منها من الوعظ أو الهجر في المضاجع، لقوله تعالى: ﴿فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] والنشوز معصية. =

وإلى هذا التفصيل جنح بعض الفقهاء في تعريف التعزير[١]، إذ قالوا: إنه «اسم لما يختص بفعله الإمام أو نائبه في غير الحدود، والتأديب»[٢].

وعلى هذا، فالتأديب عند هؤلاء الفقهاء ليس قسماً من التعزير، بل هو قسيم له، وملحظه في ذلك أن «التأديب» لا يكون على جريمة يتعدى أثرها إلى المجتمع مباشرة، بل غالباً ما يكون على مخالفات شرعية في محيط الأسرة، أو المدرسة، كما هو الشأن في تأديب الزوجة، والأولاد الصغار، وقصداً إلى تقويمهم، واستصلاحهم، دينيًّا وخلقيًّا وثقافيًّا، ولا سيما تعويدهم فعل الطاعات، ليسهل عليهم أداؤها حين وقوع التكليف بها، من أداء فرائض الصلوات إذا بلغوا النكاح راشدين.

وأيضاً، نصوا على جواز «تقويم الحيوان» قصداً إلى منعه من الجِماح، ورده عنه،

= وأما ضرب الأولاد إذا بلغوا العاشرة من السن، وكانوا متهاونين في أداء فريضة الصلاة، فقد ورد به من السنة من قول الرسول ﷺ: «**مُروهم لسبع، واضربوهم عليها لعشرٍ**» [أخرجه أبو داود: ٤٩٤، والترمذي: ٤٠٧، وأحمد: ١٥٣٣٩، من حديث سبرة، وإسناده حسن]. حملاً لهم على أداء الصلوات في أوقاتها، وتعويداً على الطاعة، على الرغم من أنهم غير مكلفين بها شرعاً، لعدم بلوغهم سن الرشد؛ إذ العقل والبلوغ هما مناط التكليف.

هذا، وجعل بعض الفقهاء تأديب الحيوان نوعاً من العقوبة الجائزة شرعاً، لتقويمه ورده عن الجماح، ولكن لم يطلق عليه اسم التعزير.

(١) راجع «عقوبة التعزير على مخالفة التسعير»: (١/ ٥٤٧ وما يليها).

(٢) المرجع السابق: (٢/ ٧٤ وما بعدها)، تحت عنوان: «الباب الحادي عشر: التأديب والزجر على أضرب»، و«معالم القربة» لابن الأخوَّة ص٢٨٤، وإنما جعل «التعزير» إلى الإمام أو نائبه لا للمضرور المعتدى عليه، دفعاً للمظالم بين الناس، بالمجاوزة والاعتداء، والغلو؛ إذ لو وكل أمر التعزير إلى الناس، لدفعهم حب الانتقام والتشفي إلى الظلم، ولا يفضي الظلم بالجاني إلى تقويمه واستصلاحه، وزجره، بل ربما جرَّأه ذلك على معاودة العصيان، غالباً، وفيه من التهارج والفساد ما لا يخفى.

هذا، والمعاصي أو الجنايات التي تستوجب التعزير من حيث تعلقها بالمال وعدمه، على أنواع ثلاثة: ١) معصية قائمة بالمال نفسه، كغش اللبن، مثلاً. ٢) معصية واقعة على المال كالسرقة لما لا يوجب الحدَّ، لأن شروطه لم تتوافر فيها. ٣) ومعصية لا تعلق لها بالمال أصلاً، كالضرب على السن، بحيث يحدث ألماً لا خللاً، ففي الألم حكومة، وهي غرامة مالية، فالغرامة عقوبة على الألم، كما ترى. «البحر الزخار»: (٦/ ٢٨٢).

ليتيسر استخدامه، والتمكُّن من الانتفاع به، في مأمن من أذاه وضرره، وهو مشعر بأن الأصل تحريم الإضرار بالحيوان وإيلامه، إلّا لمثل هذه الضرورة.

وليس شيء من ذلك في اجتهاد هؤلاء يصلح أن يطلق عليه اسم «التعزير».

فقد جاء في «معالم القربة» ما نصه: والدليل على جواز التعزير، ما روي عن عمرو بن شعيب، أن النبي ﷺ قال: «**لا قَطْعَ في ثمرٍ، ولا كَثَرٍ، حتى يُؤوِيَهُ الجَرين، فإذا أواه الجرين، وبلغ ثمنُه المِجَنَّ، ففيه القطع، وإن كان دون ذلك، ففيه غُرْمُ مِثْلَيه**[1] **وجلداتٌ نكالاً**»[2].

---

(١) الكَثَر: جُمَّار النخيل، وقيل: طَلْعها ـ وجمَّار النخلة ـ وزان رمان ـ قلبها، ومنه يخرج الثمر والسعف، (بفتح العين) وتموت النخلة بقطعه. وقيل: الجُمَّار شحم النخلة «المصباح المنير» ص٦٣٥، و«مختار الصحاح» ص٥٦٤، والطَّلْع ما يطلع من النخلة فيصير تمراً، المرجع السابق، و«نيل الأوطار»: (٧/ ١٣٥ وما يليها).
الجرين: وجمعه جُرُن ـ مثل بريد وبُرُد، الموضع الذي يجفف فيه التمر عادة ـ ويعتبر حِرْزاً بالنسبة للتمر، وهو كالبيدر بالنسبة للحنطة. المرجع السابق، «المصباح المنير».
ـ المِجَنُّ: الترس، لأن صاحبه يتستر به. «المصباح المنير»، أو يتقي به المحارب ضربات العدو.
ويلاحظ أن الحديث الشريف يفرق بين سرقة ما فيه قطع، بأن بلغ نصاباً، وقدره ثمن الترس، وكان من حِرْز، وهو هذا الجَرِين، فتكون العقوبة حدًّا، وهو قطع اليد، لا تعزيراً، والحد عقوبة نصية، كما ذكرنا، وبين سرقة ما لا قطع فيه، لعدم استكمال شروط الحد، بأن لم يبلغ المسروق النصاب، من حيث قيمته؛ أو لم تكن السرقة من حرز مثلِ المسروق، فهي إذن معصية لا تستوجب الحد، بل عقوبة تعزيرية، وقد نص الحديث على أن العقوبة غرامة مِثْلي المسروق، وضَربُ السارق جلداتٍ، نكالاً، وأيضاً فيه دليل على الجمع بين عقوبة المال، وعقوبة البدن، كما ترى. «نيل الأوطار» للشوكاني: (٧/ ١٣٥).

(٢) أخرجه مختصراً الشافعي في «المسند»: (٢/ ٨٤)، والبيهقي في «السنن»: (٨/ ١٦٣)، بلفظ: «لا قطع في ثمر معلق، فإذا أواه الجرين ففيه القطع». أما لفظ «لا قطع في ثمر، ولا كثر» فقد أخرجه أبو داود: ٤٣٨٩، والترمذي: ١٤٤٩، والنسائي: (٨/ ٨٧)، وابن ماجه: ٢٥٩٣، وأحمد: ١٥٨٠٤، من حديث رافع بن خديج وليس من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وهو حديث صحيح. أما حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، فليس فيه: «لا قطع في ثمر ولا كثر»، وأخرجه أبو داود: ١٧١٠، والنسائي: (٨/ ٨٥ ـ ٨٦) والحاكم: (٤/ ٤٢٣)، وأحمد: ٦٦٨٣، وهو حديث حسن، وانظر «نيل الأوطار»: (٧/ ١٣٥) للشوكاني، و«معالم القربة» لابن الأخوة ص٢٨٤، تحقيق د. محمد محمود شعبان وصديق أحمد عيسى المطيعي، طبع الهيئة العامة المصرية للكتاب.
الخُبْنة: من خَبَنَ الطعام، إذا خبَّأه وغيَّبه للشدة، والمراد ما تحمله في حضنك أو تحت إبطك، أو في =

أما الفريق الآخر من الفقهاء، فقد اعتبر «التأديب» هو المعنى الجوهري للتعزير الذي به قوامه وتحققه، ولعل ملحظه في ذلك، أن التعزير بما هو عقوبة على معصية لا توجب حدًّا ولا كفارة، فإن مضمونه لا يعدو أن يكون تأديباً، لتقويم المخالف، أو الجاني، فهو يشترك مع الحد في هذا المعنى، وإن خالفه من عدة نواح، أهمها عدم تحديد أو تقدير العقوبة نصًّا من قبل الشارع، ما عدا ما ورد في الشرع من أدلة جزئية في بعض المعاصي.

ومن هؤلاء بعض فقهاء الحنابلة، وبعض الحنفية وبعض الشافعية، ممن يمثلون هذا الاتجاه[١].

فقد جاء في «الشرح الكبير» لابن قدامة (أبي الفرج) في تعريف التعزير ما نصه:

«وهو ـ التعزير ـ التأديب»، وهو واجب في كل معصية لا حد فيها، ولا كفارة»[٢].

فالتأديب إذن هو عين التعزير، مدلولاً، وليس قسيماً له[٣]، في اجتهادهم.

ونحن نرى أن «التأديب» هو الحكمة الغائية للتعزير، وثمرة تشريعه، فهو تعريف بالغاية لا بالحقيقة؛ إذ التعزير عقوبة هدفها التأديب والزجر والتقويم.

يرشدك إلى هذا، أن الفريق الأول القائل بالتفريق بين التعزير والتأديب مدلولاً[٤]،

= إزارك. «القاموس المحيط»، و«مختار الصحاح».

والحديث فيه دليل على جواز التأديب بالمال، بل فيه دليل على جواز الجمع بين عقوبة المال وعقوبة البدن. «نيل الأوطار»: (٧/ ١٣٥).

(١) «الشرح الكبير مع المغني» لابن قدامة ـ أبي الفرج ـ: (١٠/ ٣٤٧)، و«السياسة الشرعية» لابن تيمية ص١٠٢، و«الأحكام السلطانية» للماوردي ص٢٠٦، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٣/ ٢٠٧) وغيرهم.

(٢) «المغني مع الشرح الكبير»: (١٠/ ٣٤٧).

(٣) قارن ذلك بما ورد من تعريف للتعزير في «معالم القربة» في الفقه الشافعي، لابن الأخوَّة: ص٢٨٤.

(٤) اعتمد ابن الأخوَّة على الإمام الماوردي في بحث «التعزير» حتى ليكاد أن يكون متأثراً بألفاظه نفسها، قارن بينهما في «معالم القربة» ص٢٨٤ وما يليها، و«الأحكام السلطانية» ص٢٠٦ وما يليها ـ الطبعة الأولى ١٩٠٩م ـ مطبعة دار السعادة بمصر.

لم يغفل عن اعتبار الزجر والتأديب غايةً للتعزير كالحد؛ إذ يقول: «وهو ـ التعزير ـ تأديب استصلاح وزجر»، وهذه كلها معانٍ غائية للتعزير، تمثل حكمة التشريع العقابي بوجه عام.

ولا شك أن التعزير والحد يتفقان غاية، وإن اختلفا حقيقةً ومدلولاً، في الشرع.

هذا، ويبدو لنا أن القائل بالفصل بين التعزير والتأديب، لم يقمه على أساس التغاير بين مدلوليهما؛ إذ التعزير شامل للتأديب، مدلولاً، لاتحاد معنى العقوبة فيهما، من الإيلام والأذى، إنما على أساس اختلاف «المكلف» القائم بتوقيع كلٍّ منهما، فالأول الإمام، أو من يُعيِّنُهُ لذلك، والثاني الزوج، أو الآباء والأمهات، والمعلمون، بالنسبة للصغار.

على أن النص على أصل العقوبة أو نوعها، كما في النشوز، وكما في سرقة الثَّمر المعلَّق، وغيرهما، لا يخرجها عن كونها نوعاً من التعزير، ما دامت العقوبة لم تبلغ حدًّا، ولا كانت كفارة، ولذا كانت تلك النصوص ووقائع أقضيته ﷺ من الأدلة الجزئية التي تنهض بمشروعية أصل التعزير.

هذا، وينبغي أن يُلاحظ أن نشوز الزوجة إذا كان معصية، فإن تقاعس الأولاد عن أداء الصلاة إذا بلغوا سن العاشرة، ليس بمعصية قطعاً، لعدم التكليف؛ إذ هو منوط بالعقل والبلوغ، فتمحَّضت عقوبتُهم تعويداً وحملاً على فعل الطاعات قبل التكليف بها، ولا معصية دون تكليف، أو تقويماً خلقيًّا في سن الحداثة، وليس شيء من ذلك يعتبر جزاء على جناية أو معصية، فكان إطلاق اسم التعزير على ذلك من حيث صورة الفعل، لا من حيث السبب، لذا كان لمن قال بالفصل بين التعزير والتأديب وجه.

تعريفنا للتعزير:

من المتفق عليه أن التعزير عقوبة على معصية، لا حدَّ فيها ولا كفارة[1].

---

(١) «الشرح الكبير مع المغني» لأبي الفرج ابن قدامة: (١٠/ ٣٤٧)، و«السياسة الشرعية» لابن تيمية ص١٠٢، و«الأحكام السلطانية» ص٢٠٦، و«معالم القربة» لابن الأخوَّة ص٢٨٤، و«تبيين الحقائق»: (٣/ ٢٠٧)، و«البحر الزخار»: (٦/ ٢٨٢).

غير أنا نود أن نبين حقيقة التعزير تبييناً مشتقًّا من تفاصيل أحكامه، وتصور الفقهاء لمفهومه، فيما أوردوا من أدلة، وتطبيقات، فنعرفه بأنه: «عقوبة مفوض أمر تقديرها، نوعاً، وقدراً، إلى الإمام[١]، حسبما يرى من المصلحة الملائمة لسَنَن المشرع وتصرفاته في التشريع، على كل معصية: من ترك واجب، أو فعل محرم، مما لم يرد فيه حدٌّ، ولا كفارة، سواء أكانت المعصية متعلقة بحق من حقوق الله تعالى، بما يمس الجماعة، وأمنها، ونظامها العام، أو بحق الإنسان الفرد».

أما العقوبة التعزيرية من حيث النوع، فمن مثل العقوبة البدنية، كالضرب، أو المقيدة للحرية، كالحبس، أو المالية، كالتغريم، أو النفسية المحضة، كالتوبيخ، وغير ذلك.

وأما المصلحة، فهي قاعدة الاجتهاد في التشريع العقابي التعزيري، وعلى أساسها يتم تخيُّر الإمام للعقوبة المناسبة، نوعاً، ومقداراً، شدة وتخفيفاً، تنفيذاً أو إيقافاً للتنفيذ[٢]، أو توقيعاً لأكثر من عقوبة، مراعياً في ذلك الظروف الشخصية للجاني، والموضوعية للجريمة نفسها، وظروف المجتمع وأحواله، حتى يكون من شأن هذه العقوبة ـ في غالب ظن المجتهد ـ إفضاؤها إلى الغرض الذي شرعت من أجله، من الردع والزجر، وحسم مادة الفساد، وتحقيق أمن الجماعة، وحراسة نظامها العام.

هذا، والعقوبة التعزيرية قد تكون «حقًّا للشرع» إذا كانت متعلقة بالصالح العام، وقد تكون «حقًّا للإنسان الفرد»[٣]، كالهجر، والضرب على النشوز.

ولهذا التمييز ثمرة تتصل بحكم جواز النزول عن الحق من قبل المجني عليه، أو عدم جوازه، وغير ذلك من الأحكام.

---

(١) أو من يعينه لذلك، راجع «منشأ صفة مخالفة التسعير»: (١/ ٥٤٨).

(٢) إذ يكتفى في بعض الحالات بالحكم بالعقوبة مع إيقاف تنفيذها، لما يرى القاضي من حصول الزجر بمجرد التهديد، بالنسبة لوضع المحكوم عليه، وأن توقيع العقوبة يغدو تجاوزاً وشططاً لا تقتضيه الضرورة. راجع «منشأ صفة مخالفة التسعير» هامش: (١/ ٥٤٨).

(٣) «الطرق الحكمية» ص٣١٤.

على أن معظم العقوبات التعزيرية متعلقة بحق الشرع، من مثل مؤيدات مقاومة الاحتكار، وعقوبات مخالفة التسعير الجبري، ومصادرة مال المرتد، لخروجه على النظام العام في الدولة الإسلامية، والتغريم على معصية الامتناع عن أداء الزكاة.

أما ما ورد فيه حدٌّ أو كفارة، فلا مجال للاجتهاد فيه، أو تغيير أحكامه؛ لأنه شَرْعٌ ثابت واجبٌ تنفيذه على النحو الذي وردت به النصوص العقابية، تحقيقاً لإرادة المشرع البينة الحقيقية الثابتة على سبيل القطع.

صور من المعاصي التي تستوجب التعزير:

هذا، وقد أورد الإمام ابن تيمية(١) طائفة من المعاصي التي لا تستوجب حدًّا ولا كفارة بقوله: «المعاصي التي ليس لها حدٌّ مقدر ولا كفارة، كالذي يقبِّل الصبيان، ويقبل المرأة الأجنبية، أو يباشر بلا جماع، أو يأكل ما لا يحلّ، كالدم والميتة، أو يقذف الناس بغير الزنى، أو يسرق من غير حِرز، أو شيئاً يسيراً(٢)، أو يخون أمانته، كولاة أموال بيت المال، أو الوقوف، ومال اليتيم، ونحو ذلك إذا خانوا فيها، وكالوكلاء والشركاء إذا خانوا، أو من يَغُشُّ(٣) في معاملته، كالذين يغشون في الأطعمة والثياب، ونحو ذلك، أو يطففون المكيال والميزان، أو يشهد الزور، أو يلقِّن شهادة الزور، أو يرتشي في حكمه، أو يحكم بغير ما أنزل الله، أو يعتدي على رعيته، أو يتعزَّى بعزاء الجاهلية، أو يلبي داعي الجاهلية، أو غير ذلك من أنواع المحرمات، فهؤلاء يعاقبون تعزيراً أو تنكيلاً وتأديباً بقدر ما يراه الوالي، على حسب كثرة الذنب في الناس(٤) وقلته، فإذا كان كثيراً زاد في العقوبة، بخلاف ما إذا كان قليلاً، وعلى

---

(١) «السياسة الشرعية» ص١١٢ وما يليها.

(٢) أي: دون النصاب، وعلى الجملة المعاصي التي لا تتوفر فيها شروط الحدّ، ولا تستوجب الكفارة.

(٣) غَش ـ من باب قتل، والاسم الغش (بالكسر) ـ: لم ينصحه، وزيَّن له غير المصلحة، ولبن مغشوش: مخلوط بالماء. «المصباح المنير».

(٤) في هذا مراعاة لظروف المجتمع، في تقدير العقوبة نوعاً، وقدراً.

حسب حال المذنب[١]، فإذا كان من المدمنين على الفجور، زيد في عقوبته، بخلاف المُقِلّ من ذلك، وعلى حسب كثرة الذنب وصغره، فيعاقب من يتعرض لنساء الناس وأولادهم، بما لا يعاقب به من يتعرض إلّا لامرأة واحدة».

ويستخلص من هذا النص تفهماً واستنباطاً، القواعد الاجتهادية التي يستند إليها تشريع العقوبة التعزيرية اجتهاداً، كما يلي:

١ ـ أن «المعاصي» التي أوردها الإمام ابن تيمية، مستحقة للعقوبة التعزيرية، منها ما ثبت في الشرع، نصًا أو دلالة[٢]، أو ثبت بالإجماع، كشهادة الزور، والرشوة، وخيانة الأمانة، والحكم القضائي بغير ما أنزل الله، وأكل ما لا يحل، كالميتة والدم ولحم الخنزير، والغِش في التعامل، ونحو ذلك، ولكن لم ينص على ما تستحقه من عقوبات، فضلاً عن بيان أنواعها.

وقد تكون واقعة على الأفراد، بعضهم قبل بعض، أو من قبل ولاتهم، أو على أمن الجماعة، وآدابها، ونظامها العام؛ كما قدمنا.

٢ ـ المثلية بين المعصية والجزاء، أو بين الجريمة والعقوبة، قدراً وأثراً إذا تعذّرت نوعاً، وتقدر شدةً وضعفاً، كثرةً وقلة، خطورة أثر، وضآلة شأن، بحسب حال المقترف أو الجاني أيضاً، وطبيعة المعصية في حد ذاتها، وظروف المجتمع، ومآل التطبيق، عملاً بالأصول العامة التي هي من مباني العدل وموجهاته في الإسلام: لقوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورى: ٤٠]، وقوله سبحانه: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ[٣] مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [البقرة: ١٩٤] نفياً للظلم والتجاوز والشطط، في تشريع العقاب[٤]

---

(١) المرجع السابق، وفي هذا رعاية لحال الجاني، وتقدير للجريمة في حد ذاتها، خطورة أو ضآلة شأن، فضلاً عن ظروف المجتمع.

(٢) كثبوت حرمة النبيذ مثلاً قياساً على الخمر، لعلة الإسكار المشتركة بينهما.

(٣) ولقوله تعالى: ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ﴾ [النحل: ١٢٦].

(٤) راجع بحث: «التعزير على مخالفة التسعير» ص: (١/ ٥٤٧ وما يليها).

وتوقيعه، أو بعبارة أخرى: ينبغي مراعاة كافة الظروف الشخصية والموضوعية الملابسة للجريمة، فضلاً عن طبيعتها، ومآل توقيعها، وهذه هي «المناسبة»، كما سيأتي.

وإذا كانت العقوبة ضرراً وإيلاماً، بدنيًا أو نفسيًا أو ماليًا، فالأصل مصونية المسلم عن الإضرار به وإيلامه إلّا بحق، وبقدر ما تقتضيه الضرورة، ويندفع به الضرر، وتنحسم المفسدة، ويستقيم الأمر.

وكل ما لا تقتضيه الضرورة، ولا يفضي إلى الردع، واستصلاح الجاني، فمحرم إيقاعه عملاً بالأصل العام «**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**»[1].

---

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣، من حديث جابر بن عبد الله، بهذا اللفظ، وهو عند ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام».
يقول ابن الأخوة في كتابه «معالم القربة»: «فإن قلت: هل للسلطان زجر الناس عن المعاصي، بإتلاف أموالهم وتخريب دورهم التي فيها يشربون، ويعصون، وإحراق أموالهم التي يتوصلون إلى المعاصي بها؟ فاعلم أن ذلك ـ لورود الشرع به ـ لم يكن خارجاً عن سنن المصالح، لكنا لا نبتدع المصلحة، بل نتبع فيها، وكسر ظروف الخمر قد ثبت عند شدة الحاجة (أي: بالنظر لظروف المجتمع، ومدى انتشار هذه الجريمة فيه) فلا يكون نسخاً، بل الحكم يزول بزوال العلة، ويعود بعودها، فإنما جوزنا ذلك بحكم الاتباع» ص٢٨٨ وما يليها. ويقصد بذلك أن ما قرروه باجتهادهم، فيما يتعلق بتشريع العقوبة التعزيرية، وأساسها، وشروطها، جارٍ على *سَنَن المشرع في المصالح، لا ابتداع فيه؛* ***إذ قد وقع ذلك*** بفعل النبي ﷺ وصحابته من بعده.
وأما قوله: «فلا يكون نسخاً، بل الحكم يزول بزوال العلة، ويعود بعودها» فإشارة إلى تغير الحكم بتغير الظرف والمصلحة التي اقتضت ذلك ـ وهي أساس العقاب التعزيري بتفويض من الشارع نفسه ـ فشدة الحاجة مثلاً ـ وهي قرينة على تأصُّل الجريمة في المجتمع واستشرائها ـ كشيوع شرب الخمر، وإصرار شاربيها على معصيتهم، اقتضت «تغليظ» العقوبة، لتؤتي ثمرتها في مثل هذا الوضع، وذلك بكسر دنان الخمر، وأوعيتها، فضلاً عن إراقتها وإتلافها، ولولا ذلك لما تحقق الغرض منها، حتى إذا زال السبب، وتبدلت هذه الظروف العامة، تبدل الحكم تبعاً لذلك، إلى ما هو أخف؛ إذ يحصل المقصود به، دون داع إلى تشديد العقوبة؛ إذ الضرورة تقدر بقدرها، بل هو محرم، وهذا ما نعني به من المثلية والمناسبة، وهذا التبدل ليس نسخاً للحكم السابق، وإنما هو نتيجة لقانون التلازم المنطقي بين الحكم وعلته، طرداً وعكساً؛ إذ يدور الحكم مع علته وجوداً وعدماً لأن النسخ معناه إبطال العمل بالحكم المنسوخ مطلقاً، وإنهاء أمد العمل به، من قبل الشارع، وهذا ليس كذلك؛ إذ يعود العمل =

٣ ـ الملاءمة أو المناسبة، بمعنى أن تقدير العقوبة التعزيرية على النحو الذي بينا، على معصية معينة، يشترط أن يكون ما تفضي إليه من خير ونفع، يربو على ما يترتب على إيقاعها من ضرر؛ لأن هذا هو الأصل العام الذي يقوم عليه وضع المشروعات، فما غلب نفعه شرع، وما غلب ضرره، لا يشرع، فالحكم ـ إيجاباً وسلباً ـ منوط بما غلب واقعاً وعملاً، وأن يغلب على الظن تحصيل مقصودها بالنسبة للجاني، وللمجتمع على السواء، ردعاً وزجراً، وأمناً وعدلاً.

المثلية في الحقوق والواجبات، كالمثلية في الجزاء، مبنى للعدل في التشريع الإسلامي:

وإذا كان الأصل في «المثلية» أن تكون من جميع الوجوه[1]، صورةً ومعنىً، في التعويض المدني، تحقيقاً للعدل كاملاً، فإن ذلك قد يتعذر في بعض العقوبات، ولذا، فإن ثمة من العقوبات الأخرى ما يحل محلها، فلا تشترط النوعية أو العينية، لتحقيق المثلية، ولا يقدح هذا في أصل العدل، بشرط أن تكون العقوبة «مناسبة» أو ملائمة للمعصية والجريمة، وناجعة من حيث الأثر، أي: في الزجر والتقويم، ما دام الأمر في فصل مجتهد فيه، وما دام الإمام مفوضاً في تقديرها حسبما يراه محققاً للمصلحة المعتبرة شرعاً.

ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي: في الحقوق والواجبات المدنية المتبادلة بين الزوجين؟ «فالمثلية» هنا أساس العدل، كالمثلية في الجزاء، ولكنها لا تعني مطلقاً أن تكون واجباتُ كلٍّ من الزوجين هي عين ما كلف به الآخر، بل هو متعذر؛ إذ لا يستقيم أمر الأسرة بهذا التعيين بداهة؛ لأن واجبات الزوجة تختلف نوعاً عن واجبات الزوج، وإن كان عبءُ التكليف أو قدره

= بالحكم السابق إذا عادت علته إلى الوجود، ولا شك أن للظروف والأحوال أثراً في تشكيل هذه العلة وعودها، فيعود الحكم.

(١) ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ﴾ ـ على اليهود في التوراة ـ ﴿أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] وشرع من قبلنا شرع لنا، ما لم يرد ناسخ.

بينهما، ينبغي أن يكون متكافئاً، فالمساواة في العبء لا في النوع، فعلى كلٍّ منهما من أنواع الواجبات ما يناسبه، لتعذُّر المثلية، فكذا في بعض العقوبات.

ولذا قلنا: إن «المثلية» هي الأصل، صورة ومعنى، فإن تعذَّرت، فلا بد من المساواة من حيث القدر والأثر، ولا بد من الموازنة، ومن المناسبة التي تجعل العقوبة من شأنها أن تحقق العدل، وتفضي إلى المقصد الشرعي العام من التشريع العقابي التعزيري الاجتهادي، حتى لا يعود مبدأ «المثلية» على أصل تشريعه بالنقض.

٥ ـ تَنَوُّع العقوبة بتنوع الجريمة، من حيث جنسها، وأثرها، وهذا نتيجة لأصل المثلية والمناسبة، وهو ما أشار إليه الإمام ابن تيمية(١)، في تعداده لذوات المعاصي ومقاديرها، وآثارها، من حيث الكثرة والقلة، وخطورة الأثر وضآلته، وبحسب حال الجاني، وحال الناس أيضاً، وظروفهم المكانية والزمانية، وهذا الأصل يعتبر نتيجة للأصل السابق كما ذكرنا، وتوثيقاً له؛ إذ بمراعاة ذلك يكون تشريع العقاب اجتهاداً أدنى إلى العدل، وأنجع في تحقيق المصلحة، ولا ريب أن تماثل الظروف شرط في تحقيق وحدة النتائج، بوحدة الحكم بالعقوبة على معصية معينة(٢)، إذا ثبت هذا، فليس شيء من

---

(١) «السياسة الشرعية» ص١٠٠ وما يليها.

(٢) قد أشرنا إلى أنه ينظر في تقدير العقوبة التعزيرية، نوعاً، وقدراً، وأثراً، إلى حال الجاني، وحال الذنب، وحال الناس أيضاً، وظروفهم الزمانية والمكانية، ومدى غلبة المعصية فيهم، وفي هذا الصدد يقول ابن الأخوَّة: «وأقول له ـ للوالي ـ أن يكسر الظروف التي فيها الخمور زجراً، وقد فعل في زمن الرسول ﷺ تأكيداً للزجر، ولم يثبت نسخه، ولكن كانت «الحاجة» إلى الزجر والفطام شديدة، وإذا رأى الوالي باجتهاده مثل تلك «الحاجة»، جاز له مثل ذلك» وهذه العقوبة منظور فيها إلى شيوع معصية شرب الخمر بين الناس، كما يشير بذلك إلى اتحاد المصلحة، فيما تقتضيه أحوال الناس في كل عصر، وبيئة، وهذا فقه في غاية الجودة. «معالم القربة» ص٢٨٨.

وأما فيما يتعلق بضرورة النظر إلى حال الجاني من حيث نوعية العقوبة ومقدارها، فقد أشار الفقهاء إلى ذلك بما نصه: «أما إذا صار الجاني ميؤوساً من توبته، فإن للحاكم أن يصرف هذا المال ـ الذي أُخذ منه عقوبة على المعصية ـ فيما يرى فيه من المصلحة ـ عن: «فصول الاستروشيني» ص٨، و«التعزير» لعبد العزيز عامر ص٣٢٦.

=

ذلك يقتضي قصر العقوبة التعزيرية على الإيلام البدني، أو المساس بالاعتبار الإنساني، بل قد يتعدى ذلك إلى العقوبة بأخذ المال، بجامع الإيلام، والزجر والتقويم بالحرمان في كلٍّ، إذا غلب على ظن المجتهد ضرورة ذلك، وتعيُّنه.

أخذ المال عقوبة، قد يتعين جزاء بالنظر لحال الجاني، وتحقيق المقصد الشرعي منها، دون غيره من العقوبات:

وعلى هذا، فقد يكون العقاب المناسب بدنيًا، أو معنويًا ماسًّا بالاعتبار الإنساني، أو تقييداً للحرية، أو أخذاً للمال عقوبة، أو إتلافاً له، إغاظة للجاني وتنكيلاً[1]، وردعاً، إذا غلب على الظن أن ذلك أنجع في الزجر والاستصلاح، حسب الأحوال، وقواعد الشرع «**والمصلحة المرسلة**»[2] لا تأباه، لا سيما إذا كان له شواهد في قضاء النبي ﷺ والصحابة والتابعين ومن بعدهم من الأئمة، واجتهاداتهم، وسيأتي تفصيله.

أما إذا ثبت لذلك شواهد في السنة، فتلك أصول وموجِّهات يُستهدى بها في الاجتهاد، ويثبت بها أصل مشروعية أخذ المال في العقوبات التعزيرية على المعاصي المستجدة، جرياً على سَنَن الشارع في التشريع، مع مراعاة تماثل الظروف، لما لها من أثر في تشكيل علة الحكم بالتغريم على وجه الخصوص.

ويُشترط في قاعدة «المصلحة المرسلة» التي تستوجب «العقوبة التعزيرية» المناسبة،

= وهذا نظرٌ إلى شرط «المناسبة» إذا ما دام أخذ ماله مؤقتاً، وإيداعه، عقوبةً لم تفض إلى زجره، بدليل إصراره، فقد تبين أنها غير مناسبة، ومن هنا كان التشديد فيها بنزع ملكيته عن ماله، والتصرف فيه بما تقتضيه المصلحة عند اليأس من توبته.

(١) ألا ترى أنه يجوز قطع أشجار العدو، وإحراق ماله، إغاظة له، إذا قضت الظروف بذلك، مع أنه في الأصل محرم، أو اغتنام سلاح البغاة، إذا كان في ذلك كسر لشوكتهم مع أن إسلامهم يوجب عصمتهم.

(٢) «المصلحة المرسلة» سماها صاحب كتاب «معالم القربة»: «الحاجة» لأن دفع «الحاجة» أو تلبيتها مصلحة، وعدم الوفاء بها ضرر عام، أو إيقاع الناس في الحرج، والحرج ضرر غير مألوف، وهو غير مشروع بالنص.

أن تكون مما اعتبر الشارع جنسها، وأن تكون مما لا تصطدم مع نص آمر وارد بخصوصها بعينها، أي: لا يوجد في الشرع ما ينافيها عيناً؛ لأن المنافاة هي علة انتفاء المشروعية.

المعاصي التي عددها الإمام ابن تيمية، وغيره من الأئمة، المختلفة نوعاً وموقعاً، وخطورة، تكاد تشمل من حيث مواردها جميع وجوه الحياة، من التجارة، والاقتصاد، والسياسة، والاجتماع، والقضاء، والإفتاء، والتشريع، والآداب، والصحة العامة، مما يتعلق بالحقوق العامة والخاصة على السواء، فاتسع بذلك نطاق التشريع العقابي التعزيري حتى شمل كل أولئك، من مثل:

أ ـ السرقة من غير حِرْز، أو سرقة شيء يسير لا يبلغ النصاب، وهذه لا توجب حدًّا، ولكنها تشكل عدواناً مباشراً على أموال الأفراد، وتهدد حق المجتمع في أمنه في الأموال والأنفس غالباً[١]، وإن كان فيها حق الفرد، ولكن حق الله غالب.

ب ـ الاعتداء على أموال الدولة، من قِبَلِ ولاة بيت المال (الخزينة العامة)، وهي حق عامة المسلمين.

ج ـ الجرائم التي تقع على أقوات الناس، وما به قوام عيشهم وصحة أبدانهم، كالاحتكار، والغش في المواد الغذائية، والثياب ونحوها، مما يضر بالصحة العامة، ويؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، ومنها مخالفة التسعير الجبري، كما قدمنا.

د ـ بخس الناس أشياءهم، بتطفيف الكيل والميزان، وحرمانهم من أخذهم كامل حقهم ظلماً، وخيانة أمانة.

---

(١) يؤكد هذا، أن حدّ القطع شرعاً على سرقة ما يساوي ثمن المجن ـ أي: الترس ـ منظور فيه معنى الاعتداء على المجتمع كله، في ماله وأمنه، وإلّا فإن العقوبة النصية هذه ـ قطع اليد ـ أعظم أثراً بالمقارنة مع قيمة المال المسروق، إذا بلغ ثمن المِجَنّ، وهو الترس، ومن هنا قلنا: إن «المثلية» ينبغي أن ينظر إليها من خلال المناسبة أيضاً، من حيث الخطورة، وتحقيق مقصد الشارع من العقوبة التي تترتب على كل معصية على حدة.

هـ ـ جميع صور خيانة الأمانة، في الحكم، والمعاملات.

و ـ المعاصي التي تتعلق بالأخلاق والآداب العامة، مما لا يوجب حدًّا، كتقبيل المرأة الأجنبية، أو التعرض للنساء في الطرقات.

ز ـ ما يكون سبباً في تضليل العدالة، وتضييع الحق، كالرشوة، وشهادة الزور، أو تلقينها.

ح ـ ما يتعلق بالانحراف عن التشريع الإلهي، قضاء، أو إفتاء، أو حكماً، وذلك بتطبيق أحكام غريبة عن الإسلام، لهوىً، أو تسلط، أو عداء، مما يُفسد على الناس دينهم، ويعبث بميزان العدل فيما بينهم، وولي الأمر يوقع العقوبة التعزيرية المناسبة على ضوء ذلك.

ط ـ الاتصال بالعدو، وإنهاء أسرار الدولة إليه، واطلاعه على مدى قُوَّتها، واستعدادها، خيانة عظمى، كالجاسوسية، والعقوبة التعزيرية على ذلك الإعدام حقاً للشرع[١].

ي ـ ما يتعلق بالرجوع القهقرى إلى عادات وتقاليد الجاهلية الأولى، مما ينقض أو يحد من هيمنة الإسلام عقيدة وتشريعاً ونظماً، في الدولة.

ك ـ ترك ما أمر الشارع به، مما هو واجب الأداء إذا تحقق شرطه، تهاوناً واستهتاراً، كالامتناع عن أداء الزكاة، والمجاهرة بالفطر في رمضان.

هذا، والتغريم بالمال على الامتناع عن أداء الزكاة ـ في الواقع ـ عقوبة تعزيرية منظور فيها الخروج على نظام الدولة، وليس تعويضاً عمَّا أُتلف، أو تحصيلاً للواجب من الزكاة، فهي حق للشرع؛ لأن حق الله فيها غالب، ولذا حارب أبو بكر مانع الزكاة كمحاربته للمرتد.

وإذا كان التشريع العقابي التعزيري يشمل بنطاقه كافة هذه المواقع وغيرها من حياة المجتمع، فيجب أن يتنوع أثراً، تبعاً لتنوع طبيعة هذه المعاصي وتفاوت آثارها، على

(١) «السياسة الشرعية» ابن تيمية ص١١٤.

نحو يحقق العدل في المثلية والمناسبة[١]، بين آثار كلٍّ من العقوبة والجريمة، مع مراعاة الظروف الملابسة للأفراد والمجتمع[٢]، زماناً ومكاناً، كما بينا.

٧ ـ طبيعة المعاصي التي تستوجب العقوبة التعزيرية، بعضها إيجابي وقوعي، والآخر سلبي عدمي:

وقد يؤدي اطّراح أساس «المناسبة» في الاجتهاد في التشريع العقابي التعزيري إلى النقيض من أصل تشريعه، فيغدو حينئذ مجلبةً للشر والفساد، بديلَ أن يكون إجراءً

---

(١) وقد أورد الأئمة أمثلة للمعاصي التي تستوجب التعزير، وعقوباتها، ولا تقصر من حيث شمولها، عما أورده الإمام ابن تيمية. «تبيين الحقائق» للزيلعي: (٣/ ٢٠٨)، و«المجموع شرح المهذب» للنووي: (٥/ ٢٨٨)، و«الطرق الحكمية» لابن قيم الجوزية: ص٣١٢ وما يليها، طبع المؤسسة العربية للطباعة ١٩٦١ مراجعة أحمد العسكري، و«تبصرة الحكام» ابن فرحون المالكي: (٢/ ٢١٣)، وقد أورد ابن فرحون طائفة من المعاصي وعقوباتها فمن ذلك:
١ ـ أمره ﷺ بتحريق متاع الذي غَلَّ من الغنيمة.
٢ ـ إضعاف الغرم على سارق ما لا قطع فيه من الثمر والكَثَر، كما أسلفنا.
٣ ـ إضعاف الغرم على كاتم الضالة.
٤ ـ أخذه شطر مال مانع الزكاة، عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى.
٥ ـ أمره ﷺ لابس خاتم الذهب بطرحه، فطرحه، فلم يعرض له أحد.
٦ ـ أمره ﷺ بقطع نخيل اليهود، إغاظة لهم، وتنكيلاً.
٧ ـ تحريق عمر رضي الله عنه قصر سعد بن أبي وقاص بالكوفة لما احتجب فيه عن الرعية، وصار يحكم في داره.
٨ ـ مصادرة عمر بن الخطاب رضي الله عنه عماله، بأخذ شطر أموالهم، فقسمها بينهم وبين المسلمين. وغير ذلك كثير.
ويقول ابن فرحون: «وهذه قضايا صحيحة معروفة، قال ابن قيم الجوزية: وأكثر هذه المسائل شائعة في مذهب أحمد رضي الله عنه وبعضها شائع في مذهب مالك رضي الله عنه ومن قال: إن العقوبة المالية منسوخة فقد غلط على مذاهب الأئمة، نقلاً واستدلالاً، وليس بمُسَلَّم دعواه نسخها، وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة لها بعد موته ﷺ مُبْطِلٌ لدعوى نسخها... إلخ ـ «المرجع السابق»: (٢/ ٢١٣ ـ ٢١٤).

(٢) قدمنا أن حد السرقة ـ وهو قطع اليد ـ لم ينظر في تشريعه وإلزام الشارع به إلى مجرد قيمة النصاب، في حد ذاته، بل المنظور فيه هو مدى أثر هذه «الجريمة» على المجتمع في ماله وأمنه، وهذا هو مقتضى مبدأ «المثلية» و«المناسبة» اللذين لاحظهما المشرع في تشريع العقوبة نوعاً وقدراً وأثراً.

وجزاءً عقابيًّا لاستئصال شأفة المعصية والإجرام، ودرء الشر والفساد والظلم، وتحقيق أمن وسلامة الجماعة، ونظامها.

هذا التقسيم ليس مجرد تقسيم افتراضي، ذهني، بل هو تقسيم بياني واقعي يكشف عما هو واقع في الوجود الخارجي، فلا اختلاف فيه.

فمن الأول: التطفيف في الكيل والميزان، والغِش في الأقوات، وفي الصناعات، والمعاملات بوجه عام، والاعتداء على الحرمات، وممارسة الولاة ظلم الرعية، وغير ذلك، مما هو وقوعي إيجابي.

ومن الثاني: ترك أداء الصلاة أو الصوم، أو المجاهرة بالفطر في شهر رمضان، أو عدم إيتاء الزكاة إذا استحق أداؤها، أو الامتناع عن أداء الدَّين عند حلول أجله مع القدرة عليه «**ليُّ الواجد ظلم يُحِلُّ عقوبته**».

فالعقوبة في الأول هي جزاء الوقوع في المعصية زجراً عن الاستمرار فيها، أو العود إليها، وردعاً للغير عن التفكير في اقترافها، عظة وعبرة.

والعقوبة في الثاني للحمل على أداء الواجب قهراً، وقطع التمادي والاستمرار في الامتناع، وزجراً له ولغيره عن التهاون في أداء الفريضة، أو حمله على أداء الحق إلى مستحقه عند حلول أجله، مع القدرة عليه، أو احترام نظام الدولة، والانصياع لامتثال تشريعها.

هذه مقدمة تمهيدية بين يدي البحث تيسر فهمه، والإحاطة به.

٨ ـ تحرير محل النزاع:

السلف من الفقهاء ﷺ ـ سواء المجيزون منهم للعقوبة بأخذ المال على معصية غير مقدرة، والمانعون ـ لم يفرقوا في هذا الصدد بين المعصية القائمة بالمال[١] وبين الواردة عليه[٢]، أو المعصية التي يُتخذ المال مادة لصنعها منه وتجسيدها، مما يتعلق

(١) من مثل خلط اللبن بالماء غشًا، فالمعصية قائمة بالمال نفسه، أو احتياز الخمر في الظروف والدنان ونحوها.

(٢) كسرقة ما لا قطع فيه.

التجريم الشرعي بالفعل، والمادة المصنوعة معاً، كالخشب تُصنع منه التماثيل والأصنام، وآلات اللهو، أو العنب تتخذ منه الخمر، أو الجريمة التي تتعلق بالتصرف في المال ـ سلباً أو إيجاباً ـ على نحو يشكل اعتداءً على نظام الدولة، فضلاً عن التأثير في مُقدَّراتها ومواردها المالية، كالامتناع عن أداء الزكاة، فقد كان هذا سبباً في حرب مجلّية شنها الخليفة أبو بكر رضي الله عنه على الممتنعين كمحاربته للمرتدين سواء بسواء، أو يشكل عدواناً على تأمين المجتمع في عناصر ومقومات حياته الأساسية المعاشية، كالاحتكار[1]، أو الجناية الكبرى على وجود الدولة نفسها، وسيادتها، كالجاسوسية[2]، والخيانة العظمى، أو على قِيَمها ومُثُلها، وعقائدها، ونظامها الأساسي كله، كجريمة الارتداد عن الإسلام ـ والعياذ بالله ـ حيث يوجب الشرع مصادرة مال المرتد[3] على الراجح في فقه المذاهب، أو جناية الزوجة على زوجها، أو على نفسها بالقتل قبل الدخول، فيسقط مهرها، ولا يتقرر بالموت، استثناءً من عموم القاعدة، في الحالين، وتعزيراً بالتغريم ماليًّا على هذه الجناية، وما أورثت من ضرر بالغ، ومعاملةً لها بنقيض قصدها، وسدًّا للذريعة، كما يقول المالكية، فضلاً عن عقوبة حرمانها من الإرث في الحال الأولى[4].

---

(١) ومن مؤيدات مقاومة الاحتكار العقوبات التعزيرية التي يراها الإمام، ومنها الحرمان من الربح تغريماً (١/ ٤٥٢).

(٢) تبلغ العقوبة التعزيرية حدَّ القتل، سياسةً، ومصادرة أموال الجاسوس، حسبما تقضي به المصلحة العليا للدولة في ضوء خطورة كل حالة من حالات التجسس أو الخيانة العظمى، وهذا الاجتهاد المصلحي السياسي في الفقه الإسلامي، يعتمد الظروف الموضوعية والشخصية وحال الجاني، وخطورة الجناية. «السياسة الشرعية» لابن تيمية ص١١٤.

(٣) هذا فضلاً عن عقوبة الإعدام بالنسبة للرجل لقوله ﷺ: «من بدَّل دينه فاقتلوه» [أخرجه البخاري: ٣٠١٧، وأحمد: ٢٥٥١، من حديث ابن عباس]. وعقوبة الحبس الدائم للمرأة، إذا لم يتوبا.

(٤) أي: في حال ما إذا قتلت زوجها ـ التغريم المالي على رأي زفر، من الحنفية، والشافعية، والمالكية ـ «البدائع»: (٢/ ٢٩٤). وجاء في «حاشية الدسوقي»: (٢/ ٢٧٨): «ويبقى النظر في قتل المرأة زوجها، هل تُعامل بنقيض مقصودها، ولا يتكمل صداقها، أو يتكمَّل؟ والظاهر أنه لا يتكمل لها بذلك، لاتهامها، ولئلا يكون ذريعة لقتل النساء أزواجهن». وانظر «شرح قانون الأحوال الشخصية» د. عبد الرحمن صابوني: (١/ ٢٤٤).

ولا ريب أن حرمانها من مهرها ـ وهو حق مالي مكتسب ثابت لها شرعاً، بمقتضى عقد الزواج ـ ضرب من عقوبة التغريم بالمال.

إذن «واقعة الموت» هذه، لم يرتب الشارع عليها الحقوق المالية، بالنسبة للجاني، تغريماً ماليًّا لعلة الجناية، سواء في ذلك حق المهر، أم حق الإرث، وهذه العلة معنى ملحوظ للشارع في الحرمان من حق الإرث ـ كما تعلم ـ فينتظم الحرمان من المهر، قياساً أولويًّا، لمعقوليته، بدليل اعتباره أساساً للاجتهاد التعزيري في فقه الجمهور في هذه المسألة.

أو معصية من لا يحضر صلاة الجماعة، بأخذ المال منه عقوبة، أو إيجاب درهم على من أتى امرأته وهي حائض[١]، أو تغريم الجاني على ما أحدث من مجرد الألم في السن، أو مجرد اصفرارها، أثراً للضرب، ولو لم يورث ألماً فيها، أو خللاً، لتغيُّر لونها، أو من تشويه الجمال، بقص الشعر مثلاً[٢]، أو التغريم على معصية المساس بالكرامة الإنسانية، ولا سيما لذوي المكانة، كالإهانة بإغلاظ القول، والتشنيع بفحش الكلام، بما دون الرمي بالزنا[٣]، على نحو ما وجَّه المَددي[٤] لخالد بن الوليد، حيث أمر الرسول ﷺ بحرمان المعتدي من حقه المالي، سَلَبِ قتيله[٥] عقوبةً، بقوله: «**لا تُعطه يا خالد!**» مرتين، ثم ذهبَّ الرسول ﷺ مغضباً، وقال: «**هلّا تركتم لي أمرائي؟!**»[٦] أو من مثل معصية التعرض للنساء في الطرقات، مما لا علاقة له بالمال أصلاً، ولا شبهة فيه لتعويض عن مال أُتلف.

---

(١) «الفتاوى البزازية»: (٢/ ٢٥٧)، و«تبيين الحقائق»: (٣/ ٢٠٨)، و«التعزير» د. عبد العزيز عامر، ص٣٢٦.

(٢) «البحر الزخار»: (٦/ ٢٨٠).

(٣) لأن الرمي بالزنا قذف يوجب عقوبة الجلد حدًّا بالنص، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ﴾ [النور: ٤]. ويستوي في هذه العقوبة قاذف الرجل والمرأة على السواء؛ إذ معنى المعصية ينتظم الحالين.

(٤) المددي صفة أطلقت على من أرسه الرسول ﷺ مَدَداً من الجند، ورداً للجيش في واقعة مؤتة.

(٥) وقد استكثره خالد على المددي، فأخذه منه، فأغلظ القول لخالد حينئذ.

(٦) أخرجه مسلم: ٤٥٧٠، وأحمد: ٣٩٨٧، مطولاً، من حديث عوف بن مالك.

وبعض هذه التطبيقات وارد في السنة، مما يؤكد صحة نظر المجيزين في عدم التفرقة، وهذه ليست من التعبديات التي لا يدرك معنى لحكمها، بل معقولة المعنى، تبادراً لغويًا[١]، يستهدي بها المجتهد، في تقدير العقوبات المالية، على ما يستجد من وقائع المعاصي والجنايات.

أقول: لم يفرق السلف من الفقهاء ـ المجيزون منهم والمانعون ـ بين كل أولئك، حيث أقام كلٌّ منهما أدلته على مُجتَهَدِه، دون تفصيل.

وعلى هذا، تحرر لدينا «محل النزاع» من أنه: «العقوبة المحضة التي ألزم الشارع بها نصًا أو دلالة، بأخذ المال تعزيراً على معصية لا توجب حدًا ولا كفارة، بترك ما أمر الله تعالى، أو بفعل ما نهى عنه، مما ليس فيه شبهة التعويض المالي عن الضرر المالي الذي يمس حقًا من حقوق شخص معين، بإنقاص ماله، تعمداً أو تقصيراً».

تحليل محل النزاع:

١ ـ المراد بالعقوبة المحضة، تلك التي ليس فيها معنى التعويض المدني، أو التسوية الحقوقية، عن مال أُتلف، جبراً؛ إذ لا علاقة لمثل هذه بالعقوبة المالية التعزيرية، فالمقصود أخذ المال تعزيراً لا تعويضاً.

٢ ـ إطلاق القول بأخذ المال، دون بيان لكيفيته، ومصيره، لِيَصْدُق على كلٍّ من التغريم والمصادرة[٢]، وسواء أكان مصيره الإتلاف، أو ضمّه إلى بيت

---

(١) يقصد بذلك أن «العلة» مفهومة لغة، دون اجتهاد، لتبادرها من منطوق النص. فيصح بناء الحكم عليها حيثما وجدت، وهذا هو القياس الأولي، أو دلالة النص، في الأصول.

(٢) قد فرق بينهما الفقه الوضعي، فقد عرفت المادة (٢٢) من قانون العقوبات المصري الغرامة بأنها: «إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الحكومة، المبلغ المعتمد في الحكم». وعرفت المادة (٣٠) منه المصادرة بأنها «عقوبة مالية، بالحكم بها تنتقل لجانب الحكومة ملكية الأشياء التي تحصل من الجريمة، أو التي استعملت، أو كان من شأنها أن تستعمل فيها» ـ «التعزير» د. عبد العزيز عامر ص٣٣٨، ٣٤١.

فالغرامة إذن مبلغ من المال، يثبت ديناً في ذمة الجاني، بموجب حكم، وأما المصادرة، فهي حكم ينزع ملكية أشياء معينة، وإضافتها إلى ملكية الدولة جبراً عن مالكها، دون مقابل.

المال[١]، أو التصدق به، أو تمليكه للغير، حسبما تقضي به المصلحة الراجحة التي يراها الإمام، بموجب ما منح من تفويض في ذلك، وسلطة تقديرية واسعة، مستعيناً بأهل الخبرة، ومقيداً بقواعد الشرع؛ لأن هذه الكيفيات ذات أثر واحد بالنسبة للجاني وهو حرمانه من ماله كلًّا أو بعضاً، ونزع ملكيته عنه، سواء أكان على سبيل التغريم أم المصادرة.

٣ ـ وأما قولنا: على معصية لا توجب حدًّا، ولا كفارة، فليشمل كل معصية، سواء أكانت متعلقة بالمال، أو واردة عليه، أو لا تعلق لها بالمال أصلاً، ولو ورد فيها نص خاص يحدد عقوبتها صراحة، كما بينا.

٤ ـ أما المراد بقولنا: مسَّ حقًّا من حقوق شخص معين، فإطلاق الشخص يفيد صدقه على الشخص الحقيقي، أو الحكمي، كالدولة، ومؤسساتها العامة، ومرافقها[٢].

٥ ـ هذا، وإلزام الشارع بالعقوبة، شرط لمشروعيتها؛ إذ العقوبة لا تثبت إلّا بحكم، والحكم مصدره الشرع، وثبوت الحكم شرعاً بالعقوبة قد يكون نصًّا، كالحدّ، والكفارة، والقصاص، والدية في القتلى، وقد يكون دلالةً، أي: مدلولاً عليه بدلالات التشريع، من مثل العلة المتبادرة من النص منطوقاً[٣]، كما في القياس الأولوي، وهو حجة في إثبات أحكام العقوبات، كما قدمنا، أو من مثل «المعنى العام» المستنبط من عدة نصوص جزئية، وقد يكون مبنيًّا على قاعدة «المصلحة المرسلة» المتعلقة بحق عام، أو خاص، كما أشرنا، شريطة أن يشهد لها أصل عام في التشريع، وذلك بأن اعتبر الشارع جنسها،

---

(١) إذا جاز إتلاف المال المصادر، جاز تمليكه لبيت المال من باب أولى.

(٢) قد توجب الجريمة نوعين من العقوبة، كجريمة الاعتداء على أموال بيت المال، أولاهما: التعويض المالي المكافئ جبراً لما أتلف، وهذه تسوية مدنية، كما أسلفنا. والثانية: التغريم المالي، زائداً عن التعويض إن وجد، وقد تكون غير ذلك، كالسجن، فالأولى ليست من موضوع بحثنا، كما تعلم.

(٣) وهو ما يطلق عليه: دلالة النص، في علم الأصول.

ليكون ترتيب حكم العقوبة على أساسها فيما لم يرد فيه نص، جارياً على وفق تصرفات الشارع، وسَنَنه في التشريع، فالحكم حينئذ يكون بإلزام الشارع دلالة، لا بمحض إرادة المجتهد ﴿إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ﴾ وإن كان المجتهد يبين، أو يكشف ـ باجتهاده ـ حكم الله تعالى في الواقعة المعروضة، لكنه لا ينشئه إنشاءً، لما قدمنا.

وقد يرد فيها نص، ولكنه لا يوجب حدًّا ولا كفارة، كأقضية الرسول ﷺ في التغريم.

الدليل الذي اعتمده السلف في عدم التفصيل لأنواع عقوبة التغريم، ووجوه التصرف فيها بعد أخذها، هو أثرها المتحد بالنسبة للجاني، وهو الإنقاص من ماله، ولسلطة الإمام التفويضية المقيدة بالمصلحة:

إن السبب الذي حمل السلف من الفقهاء ـ ولا سيما المجيزين ـ على عدم التفصيل بين أنواع العقوبة المالية تعزيراً على معصية غير مقدرة، كما يبدو من وجه استدلالهم، أنهم اعتبروا أخذ المال عقوبة على سبيل التعزير إنقاصاً من مال الجاني، وهو معنى ينتظم سائر أنواع عقوبات التغريم بالمال، فالمصادرة، وهو نزع ملكية المال المصادر وامتلاكه من قبل الدولة، كمصادرة بعض أموال الولاة جزاء استغلالهم للولاية، أو تغريم الجاني بمبلغ يثبت في ذمته ديناً بحكم، يجب أداؤه، أو وجوه التصرف في هذا المال المصادر، أو المغرَّم به، من مثل ضمه إلى بيت المال، أو تقسيمه بين المسلمين، أو التصدق به على المساكين، أو تمليكه من شخص معين، كمن وجد من ينتهك حرمة حرم المدينة، بالصيد فيه، فإن له سلبه، تمليكاً، أو إتلافه، إذا كان مادة محرمة، أو داخلها الغش خلطاً أو صناعة، كاللبن، والثياب، كل ذلك يعتبر ذا أثر متحد بالنسبة للجاني، وهو إنقاص من ماله، والإنقاص في معنى الإتلاف، كما يقول فقهاء المالكية.

هذا، ويؤثر المالكية ـ إن كانت المعصية قائمة بالمال الكثير ـ التصدق على الإتلاف، للنهي عن إضاعة المال بوجه عام[1]، كالمال الكثير الذي داخله الغش.

---

(١) «تبصرة الحكام» لابن فرحون: (٢/ ٢١٣ ـ ٢١٤).

تعريف العقوبة بوجه عام، شرعاً:

العقوبة شرعاً، هي جزاء وضعه الشارع، نصًا أو دلالة، وألزم به، على معصية: من ترك مأمور به، أو فعل منهي عنه.

وما يدخل في موضوعنا، هو العقوبات الثابتة في الشرع دلالة، كما علمت، والعقوبات النصية التي لم تبلغ حدًّا ولا كفارة.

الفرق بين الجريمة والجناية شرعاً، وأيهما يتصل بعقوبة التعزير:

هذا، وبعض الفقهاء يسمي كل مخالفة للشارع فيما أمر به، أو نهى عنه، بترك الأول، وفعل الثاني، يسميه جرماً، أو جناية[١].

يقول الماوردي: إن الجرائم «محظورات شرعية زجر عنها بحد، أو تعزير». واعتبر من الجرائم موجبات القصاص.

وكذلك سمى ابن فرحون هذه الجرائم «جنايات» إذ يقول في تعريفها: «الجنايات: هي الجناية على النفس، والجناية على العقل، والجناية على المال، والجناية على النسب، والجناية على العِرْض».

وعلى هذا، فالجناية مرادفة للجريمة مدلولاً عند هؤلاء.

أما جمهور الفقهاء، فقد فرق بينهما؛ إذ ذهب إلى أن «الجرائم» خاصة بموجِبات الحد والتعزير، وخص الجنايات بموجِبات القصاص لا غير.

وسبب التفرقة بينهما أن موجِب القصاص يجوز فيه العفو والنزول عنه، إما ببدل مالي، أو بدون بدل، ولو رفع للقاضي، خلافاً لموجب الحدّ، فإنه لا عفو فيه بعد رفعه للقاضي.

وأيضاً، القصاص يورَث، والحد لا يورَث.

والقصاص يثبت بإشارة الأخرس، والحد لا يثبت بشيء من ذلك[٢].

---

(١) «الأحكام السلطانية» للماوردي ص٢١٩ ، و«تبصرة الحكام» لابن فرحون: (٢/ ٢١٣).

(٢) «الأشباه والنظائر» للسيوطي ـ قاعدة «الحدود تُدرأ بالشُّبهات»، و«الإسلام عقيدة وشريعة» للشيخ محمود شلتوت ص٢٦٠.

حكمة تشريع العقوبة، أو المقصد الشرعي من أصل تشريعها بوجه عام:

العقوبة إنما شرعت ليكون من شأنها المنع من الإقدام على الجريمة أو الجناية قبل الوقوع (الوقاية).

وأن يكون من شأنها الزجر عنها بعد الوقوع.

فالعقوبات من شأنها أن تكون موانع أو زواجر.

ومن شأنها كذلك، استصلاح حال الجاني، وتقويمه.

هذا فضلاً عن صيانة أمن الدولة، وحمايتها، والحفاظ على نظامها العام.

وذلك ما يطلق عليه «حق الشرع» أو حق الله تعالى، كما أشرنا.

ما يوجب التعزير يسمى جريمة أو جناية:

وعلى هذا، ففي الرأي الأول، أن ما يوجب التعزير، قد يطلق عليه جريمة أو جناية.

أما على الرأي الثاني، فما يوجب التعزير هو ما يطلق عليه جريمة فقط؛ لأنها خاصة بما يوجِب الحد أو التعزير، دون ما يوجِب القصاص.

والخلاصة: أن كل عقوبة لم يرد فيها نص يحددها نوعاً ومقداراً، تثبت في الشرع بناء على أصل معنوي عام، أو قاعدة «المصلحة» أو قياس أولوي، فيثبت إلزام الشارع بها دلالةً، بشرطين: المثلية والمناسبة.

على أن السنة قد ورد بها من الأدلة التفصيلية التي تتعلق بوقائع جزئية، تتضمن أحكاماً شرعية تفرض عقوبات مالية ملزمة على الجناة، كما ورد بها قضاء الصحابة وغيرهم، في وقائع من هذا القبيل، مما يمكن أن يُستخلص منه الأصل المعنوي العام الذي ينتظم كل أولئك، ويُحَكَّم تحكيماً أصوليًا في الوقائع المستجدة، وهذا هو

= هذا، وتجدر الإشارة إلى أن «الدية» - بدلاً عن القصاص - ليست عِوضاً ماليًا عن القتل خالصاً؛ لأن الإنسان ليس مالاً، وإنما هي مكافأة من الشارع لولي القتيل، لينزل عن حق القصاص.

«الحق والذمة»، الشيخ علي الخفيف.

«القياس العام»[١] الذي يُبنى عليه أحكام تلك الوقائع. بحيث يجعل هذا العمل التشريعي متفقاً وما يقتضيه ذلك المعنى العام، القطعي، أو قل: لا يخرج عن تصرفات الشارع وسَنَنه في التشريع العقابي بوجه عام، لتبادر معناه وعلته دلالةً، ومن ثمَّ لا تكون المصلحة التي استندت إليه غريبة عن الشرع.

والأصل المعنوي العام كالأصل اللفظي العام، من حيث قوة الاحتجاج به، وصحة بناء الحكم عليه.

١ ـ ما صدر في القرآن الكريم، والسنة الثابتة، قضاءً، وقولاً، وفعلاً من صور التغريم بالمال:

ما ألزم به الشارع الحكيم في كفارة القتل خطأً، وكفارة الظهار، وكفارة الحِنْث في اليمين، في خصالها المالية، إذ لا تعدو كونها ضرباً من التغريم بالمال على معصية: من فعل ما نهى الله عنه، أو ترك ما أمر الله تعالى به.

وهذا دليل بيِّن على مشروعية أصل التغريم بالمال شرعاً، والمعنى التعبدي إنما هو في تحديد العقوبة مقداراً، لا في أصل تشريعها، عقوبةً وجزاءً؛ لأنه معقول المعنى.

٢ ـ صور من قضائه ﷺ بالتغريم بالمال[٢]:

أما قضاؤه ﷺ مما يثبت مشروعية أصل عقوبة التغريم بالمال، فنورد طرفاً منه، وننوه بأهم وقائعه:

---

(١) القياس العام قال به الشافعية على ما سيأتي في مناقشة أدلة المانعين، والرد عليهم من واقع أدلة الأئمة وأصولهم، وهو لا يخرج عن تحكيم المعنى الشرعي العام، أو المعنى المشترك المستخلص من عدة أدلة جزئية من الكتاب والسنة واجتهاد الصحابة وغيرهم، والذي ينتظمها جميعاً. هذا، وتحكيمه في الوقائع الجزئية المستجدة، وبناء الحكم على أساسه، واجب شرعاً؛ لأن الشارع قد لاحظه واعتبره في كثير من الجزئيات التي استخلص منها، فكان لذلك حجة. «أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف ص٥ وما يليها، و«معالم القربة» لابن الأخوة ـ وهو شافعي المذهب ـ ص٢٨٩.

(٢) راجع في هذه الصور «تبصرة الحكام»: (١٣٨/٢ ـ ١٣٩)، و«نيل الأوطار»: (١٣٤/٧)، و«إعلام =

١ ـ تغريم كاتم الضالة، أن يردَّها «ومثلها» عقوبةً على معصية الكتمان، ولم يضعف الحديث أحد.

٢ ـ فيما رواه مسلم من قضائه ﷺ بعدم رد السَّلب إلى القاتل، وكان خالد بن الوليد قد أخذه منه، حين استكثره عليه، وذلك عقوبة على إغلاظ القول لخالد[1]، كما قدمنا.

لا يقال: إن هذا وارد على خلاف القياس، فكان حكماً قاصر العلة؛ لأنا نقول: إن هذا الحكم معقول المعنى، ومعناه قريب المأخذ، فإذا أدرك المجتهد العلة، لشخوصها، وتبادرها، وقرب مأخذها، كانت متعدية لا قاصرة، فصح قياس غيرها عليها، ولو كان الحكم مستثنى، بل وتُخصَّص العمومات بمقتضى هذا القياس في الوقائع المتجددة التي يتحقق فيها مناطه؛ لأنه في الحقيقة قياس أولوي (دلالة النص)، وهو حجة؛ لأنه في معنى النص.

على أن المجيزين لا يعتمدون هذا القياس الجزئي الأولوي على أنه الأصل الوحيد العام لاجتهاداتهم في هذه المسألة على ما علمت، وإنما هو دليل من أدلتهم.

٣ ـ إباحته ﷺ سَلَبَ من يصيد في حَرَم المدينة، عقوبة «لهتك حرمتها» لا تعويضاً عن مال أُتلف، فكان ذلك عقوبة محضة ـ كما أسلفنا ـ ألزم بها الشارع، لمخالفة أمر ديني لا علاقة له بالمال أصلاً، ومَلَّك الغرامة للواجد.

= الموقعين»: (٢/ ٩٨)، و«الحسبة»، لابن تيمية ص٤٩ ـ ٥٠، و«التعزير في الشريعة الإسلامية» ص٣٣٥ ـ ٣٣٨، و«سنن البيهقي»: (٥/ ١١٩) و(٩/ ١٠٢ ـ ١٠٣)، و«المجموع شرح المهذب»: (٥/ ٢٨٤)، و«الهداية» مع «فتح القدير»: (٢/ ٢٨٥)، و«الأموال» ـ القسم الثاني: ص٢٤ ـ مذكرة للأستاذ الكتاني، و«التيسير في أحكام التسعير» ص٨٥.

(١) أخرجه مسلم: ٤٥٧٠، وأحمد: ٣٩٨٧، من حديث عوف بن مالك.

وخلاصة القضية: أن رجلاً ممن أرسلهم الرسول ﷺ من اليمن من جيش مُؤتة لإمداده، قد قتل خصماً له من الأعداء، وأخذ سَلَبه، ولكن خالداً ﷺ استكثر هذا السلب على الرجل القاتل، وأخذه منه، فأبلغ عوف بن مالك ذلك إلى رسول الله ﷺ فأمر خالداً برد السلب إلى الرجل القاتل، ولكن عوف بن مالك أغلظ لخالد القول، فغضب رسول الله ﷺ وقال: **«لا تعطه يا خالد، لا تعطه يا خالد»** وكررها مرتين، ثم خاطب الرسول ﷺ عوف بن مالك قائلاً: **«هل أنتم تاركو لي أمرائي؟»** المرجع السابق.

ودليل كونها عقوبة محضة، لا تعويضاً، أنه لو اشترك في هذا الصيد جماعة، للزم كلًّا منهم الجزاء كاملاً، ولو كان تعويضاً ماليًّا في مقابل ضرر مالي، للزم كلَّ واحد منهم نصيبٌ نسبي منه، لا الجزاء كاملاً، فدل ذلك على أن هذا التغريم محض عقوبة، للاشتراك في جريمة، لا تعويض فيها عن مال أُتلف[١].

فقد جاء في «الهداية»: «أن هذا يعتبر غرامة تشبه غرامات الأموال»[٢].

وأيضاً، لو كان ذلك «فدية» لنص الرسول ﷺ على ذلك. على أنه لم يُعهد في الشرع اعتبار السَّلب فدية.

وأيضاً، مما يؤكد كونه عقوبة لا تعويضاً، قوله تعالى في صيد الحرم: ﴿لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِۦ﴾ [المائدة: ٩٥][٣].

٤ ـ إضعافه الغُرْمَ على كاتم الضالَّة[٤] على صاحبها.

٥ ـ أمره ﷺ بكسر دنان الخمر، وكسر القدور التي طبخت فيها لحوم الحُمُر الأهلية، دون الاكتفاء بإراقة أو إكفاء ما تقوم به المعصية، من الخمر واللحم، إتلافاً، بل بإتلاف ما تتعلق به من الأوعية والظروف، تغليظاً للعقوبة، تبعاً لمقتضيات أحوال الجماعة.

٦ ـ منعه ﷺ الغالَّ من الغنيمة سهمَه، وحرقُ متاعه، جزاء معصية الغلول.

٧ ـ تحريقه أمكنة المعصية، وهدمها، كما فعل في مسجد الضِّرار.

---

(١) والحديث رواه سعد بن أبي وقاص عند «مسلم» [٣٣٢٠ بنحوه، وأحمد: ١٤٦٠] قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**من وجدتموه يصيد فيه**» ـ يعني: حرم المدينة ـ «**فخذوا سلبه**». وقد روي أن سعيد بن المسيب ﷺ أخذ سَلَبَ رجل قتل صيداً بالمدينة، وقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**من رأى رجلاً يصطاد بالمدينة، فله سلبه**» ـ «معالم القربة» لابن الأخوَّة ص٣٨٨.
وهذه عقوبة مالية محضة على هتك حرمة المدينة، أو على مخالفة أمر ديني، لا علاقة له بالمال أصلاً، ألزم بها الشارع وملَّكها للواجد، كما رأيت.

(٢) «الهداية» مع «فتح القدير» للمرغيناني والكمال بن الهمام: (٢/ ٢٨٥).

(٣) المرجع السابق، و«الضمان» للشيخ علي الخفيف: ص٥ ـ ١٠، و«الطرق الحكمية» ص٣١٥.

(٤) كتمان الضالة: إخفاء الضائعة من الإبل والغنم ونحوها.

٨ ـ مصادرته ﷺ لشطر مال[1] أو إبل الممتنع عن أداء الزكاة، زيادة عن المقدار الواجب أداؤه، عقوبة على معصية الامتناع هذه، باعتبارها خروجاً على النظام العام للدولة، لا مجرد منع الحق عن مستحقه، كما أسلفنا.

٩ ـ إضعافه الغرم على سارق ما لا قطع فيه من الثمر المعلق[2].

١٠ ـ حرمان القاتل من الميراث، وهو حق مالي، أثراً لجناية القتل، فضلاً عن عقوبة القصاص، وهي جناية غير واردة على المال أصلاً[3].

١١ ـ حكم رسول الله ﷺ في حَرِّيسة الجبل (الشاة) تُؤخذ من مراتعها، بثمنها مرتين، وضرب نكالٍ، ولو سرقت من الحِرز (مَعْطِنِها) لكان فيها القطع.

فقد روي أن رجلاً من مُزَيْنَة سأل رسول الله ﷺ عن الحريسة التي توجد في مراتعها، قال: «**فيها ثمنها مرتين، وضربُ نكالٍ**»[4].

---

(١) أخرج أبو داود: ١٥٧٥، والنسائي: (٥/ ٢٥)، وأحمد: ٢٠٠١٦ من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده، أن سول الله ﷺ قال: «**من أعطاها مؤتجراً، فله أجرها، ومن منعها فإنَّا آخذوها، وشطْرَ إبله عَزْمة من عزمات ربنا**»، وإسناده حسن.
هذه رواية النسائي. وأما رواية أبي داود فقد جاءت بلفظ: «**وشطر ماله**». انظر «نيل الأوطار»: (٣/ ١٣٤ وما يليها)، و«المجموع شرح المهذب» للنووي: (٥/ ٢٨٩)، و«زاد المعاد» لابن القيم: (٣/ ١١).

(٢) «نيل الأوطار»: (٧/ ١٣٤) وما يليها.

(٣) وقد قاس الفقهاء على ذلك قتل الموصى له الموصي، لعلة الجناية، وهي متبادرة لا تفتقر إلى اجتهاد في تبينها، كما قاس جمهور الفقهاء على ذلك حرمان الزوجة من مهرها الثابت لها بمقتضى عقد الزواج، إذا قتلت زوجها قبل الدخول، معاملة بالنقيض، ولأن من المقرر شرعاً أن من استعجل شيئاً قبل الأوان، عوقب بالحرمان.

(٤) أخرجه النسائي: (٨/ ٨٥)، وابن ماجه: ٢٥٩٦، وأحمد: ٦٦٨٣، من حديث ابن عمرو، وهو حديث حسن. الحريسة من الغنم، قيل: هي التي ترعى وعليها حرس، أي: المحروسة نفسها، وقيل: هي السيَّارة التي يدركها الليل قبل أن تصل إلى مأواها. وفي «القاموس»: الحريسة المسروقة جمعها: حرائس.
وإنما قال: من مراتعها، لا من «معاطنها» لأن المرتع ليس موضع حِرز لها، بل الحرز هوَ المعطن، أي: مأوى الإبل والغنم. وجاء في «المصباح»: حريسة الجبل: الشاة يدركها الليل قبل رجوعها إلى مأواها، فتسرق من الجبل، أي: مسروقة الجبل.
وقال ابن فارس: ليس فيما يحرس بالجبل قطع؛ لأنه ليس بموضع حرز.

فدل إضعاف الثمن على ثبوت مشروعية التغريم بالمال عقوبةً على سرقة ما لا قطع فيه، كما مر في سرقة الثمر المعلَّق.

قال الشوكاني: فيه دليل على جواز التأديب بالمال[١].

«وفيه دليل أيضاً على جوز الجمع بين عقوبة المال والبدن»[٢] أي: في سرقة ما لا قطع فيه، فكان ذلك أصلاً عامًّا.

١٢ ـ هَمُّه ﷺ بتحريق بيوت المتخلِّفين عن الجماعة[٣]، ومعلوم أنه ﷺ لا يهم إلا بأمر جائز ومشروع.

وفي هذا إتلاف للمال الذي تقوم به معصية التخلُّف، وهو معصية لا عدوان فيها على المال أصلاً، ولا علاقة لها به.

وهكذا، تبين لنا من وقائع قضائه ﷺ في العقوبة المالية، أنا لا نجد فيها تفرقة بين صور التغريم بالمال، أخذاً أو إتلافاً، أو مصادرة، والسبب متحد، وهو المعصية، سواء أكانت متعلقة بالمال، أم قائمة فيه، أم ليس لها تعلق بالمال أصلاً، فالتفرقة تحكم؛ إذ لا دليل عليها، بل الدليل ـ كما ترى ـ قائم على نفيها.

٣ ـ اجتهادات بعض الصحابة ومن بعدهم في التغريم بالمال:

أ ـ تغريم عمر رضي الله عنه حاطب بن أبي بلتعة ضعف قيمة الناقة التي سرقها مواليه[٤]، جزاءً على معصية تجويعهم، كما أسلفنا.

ب ـ مصادرته شطر أموال بعض ولاته التي اكتسبوها ثمرةً للولاية، واستغلالاً لنفوذها.

ج ـ إحراق علي رضي الله عنه المال المحتكر، جزء على جريمة الاحتكار[٥].

---

(١) «نيل الأوطار»: (٧/ ١٣٤ وما يليها).

(٢) المرجع السابق.

(٣) أخرجه مسلم: ١٤٨٥، وأحمد: ٣٧٤٣، من حديث ابن مسعود.

(٤) أخرجه البيهقي: ١٧٧٧٨.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة: (٤/ ٣٠١)، وابن حزم في «المحلى»: (٩/ ٦٥).

د ـ مصادرة مال المرتد، وضمه إلى بيت المال، عقوبةً على ارتداده، عند الجمهور، وخروجه على النظام العام في الدولة الإسلامية، وتفصيل ذلك في كتب الفقه[١].

هـ ـ إراقة اللبن المغشوش، إتلافاً على صاحبه، أو التصدق به على المساكين، كما في اجتهاد المالكية[٢] وغير ذلك كثير.

و ـ ويرى المالكية وغيرهم تغريم المحتكر، بحرمانه من الربح[٣]، كما علمت، معاملة له بنقيض قصده، من نزعته المفرطة في الاستغلال، فقد جاء في «التيسير»: «أن يحيى بن عمرو، قد سُئل عن احتكار الطعام إذا كان فيه ضرر على الناس في أسواقهم، فقال: أرى أن يكون لهم ـ للمحتكرين ـ رأس مالهم، والربح يُتَصدق به، أدباً ـ عقوبة ـ لهم»[٤].

اتجاهات الفقهاء في مسألة أخذ المال عقوبة على معصية، أو كبيرة، أو جناية لا حدَّ فيها ولا كفارة:

أولاً ـ اتجاه المانعين وأدلتهم:

ذهب هذا الفريق إلى أن العقوبة بأخذ المال على المعاصي التي لا تستوجب حدًّا ولا كفارة، غير مشروعة، وعمدتهم في ذلك أدلة في الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

أولاً ـ إن العقوبة بالمال كانت مشروعة بالسنة، في أول الإسلام، ثم نُسِخَت.

---

(١) «المجموع شرح المهذب»: (٥/ ٢٩٥ وما يليها)، و«المغني مع الشرح الكبير»: (٩/٩ وما يليها)، و«نهاية المحتاج»: (٤٢٠).

(٢) «تبصرة الحكام»: (٢/ ٢٠٠ وما يليها)، و«التيسير في أحكام التسعير» ص٨١ ـ ٨٥.

(٣) راجع «مؤيدات مقاومة الاحتكار»: (١/ ٤٤٣).

(٤) «التيسير في أحكام التسعير» للمجيلدي المالكي ص٨١ ـ ٨٥، و«تبصرة الحكام»: (٢/ ٢٠٠ وما يليها).

هذا، واختلفوا في الناسخ، فقال بعضهم: هو حديث ناقة البَراء بن عازب[١]، وزعم آخرون أنه حديث: «**ليس في المال حق سوى الزكاة**»[٢].

أما وجه استدلالهم بحديث ناقة البراء بن عازب، فقد قالوا: إنه ﷺ لم يحكم بالعقوبة المالية ولا بإضعافها، ولا نُقِل ذلك عنه، فدل على تحريم العقوبة المالية لزوماً.

ثم ادَّعوا أن هذا الحديث ـ بما هو لاحق ـ ينسخ ما كان مشروعاً في أول الإسلام، من عقوبة المال التي كانت ثابتة بالسنة أيضاً من حديث بهز بن حكيم وغيره[٣]، على ما سيأتي بيانه.

ثم علَّلوا النسخ، بأنه لسد ذريعة امتداد أيدي الظَّلمة من الحكام إلى أخذ أموال الناس بغير حق[٤].

أما من ذهب إلى أن الناسخ قوله ﷺ: «**ليس في المال حقٌّ سوى الزكاة**» فوجهوا

---

(١) وقد ورد هذا الحديث في «نيل الأوطار»: (٥/ ٣٦٤)، وهذا نصه: «وعن حِرامِ بن مُحَيِّصةَ، أن ناقة البَراء بن عازب دخلت حائطاً فأفسدت فيه، فقضى نبي الله ﷺ أن على أهل الحائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضمان على أهلها». أخرجه أبو داود: ٣٥٦٩، وابن ماجه: ٢٣٣٢، وأحمد: ٢٣٦٩١، وإسناده مرسل صحيح، وقوله: «ضامن»: أي: مضمون على أهلها... المرجع السابق.
أما ثبوت مشروعية العقوبة بأخذ المال، فبالسنة من حديث بَهْز بن حكيم، فيما رواه عن أبيه عن جده، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**في كل إبل سائمة، في كل أربعين ابنة لبون، لا يفرق إبل عن حسابها، من أعطاها مؤتجراً، فله أجرها، ومن منعها، فإنَّا آخذوها، وشطرَ إبله**» وفي رواية «**وشطر ماله**» والأولى رواية النسائي (٥/ ٢٥)، والثانية رواية أبي داود: ١٥٧٥، وأخرجه أحمد: ٢٠٠١٦، وإسناده حسن، وادَّعوا أنها نسخت، وتقدم تخريجه في الصفحة السابقة. «المجموع شرح المهذب»: (٥/ ٢٨٩)، و«نيل الأوطار»: (٤/ ١٣٥ ـ ١٣٩).

(٢) «المجموع شرح المهذب»: (٥/ ٢٨٤)، و«نيل الأوطار»: (٣/ ١٣٩). والحديث أخرجه ابن ماجه: ١٧٨٩، من حديث فاطمة بنت قيس.
غير أن الترمذي: ٦٥٩ والبيهقي في «السنن الكبرى»: (٤/ ٨٤) رويا عن فاطمة بنت قيس، أن النبي ﷺ قال: «**إن في المال حقًّا سوى الزكاة**» ثم ضعفاه. المرجع السابق، وسيأتي البحث في ذلك.

(٣) «نيل الأوطار»: (٣/ ١٣٩)، و«المجموع شرح المهذب»: (٥/ ٢٨٤ وما يليها).

(٤) المرجع السابق، و«نيل الأوطار»: (٣/ ١٣٥).

استدلالهم بأن الحديث بعمومه شامل لنفي كون ما يفرضه الإمام على الجاني من العقوبة المالية حقًّا، لكونه زائداً عن أصل مقدار الواجب في الزكاة؛ إذ لا حق سواها، وبذلك نسخ ما كان من ذلك مشروعاً من قبل.

وإذا لم يكن حقًّا، كان باطلاً؛ إذ لا واسطة، فالتغريم بالمال شيء لم يرد به الشرع.

ثانياً ـ استدلوا بالعمومات من الكتاب العزيز، من مثل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩] ومن مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ﴾ [البقرة: ١٨٨] أي: بغير سبب مشروع.

وقالوا: والحكم على الجاني في معصية بالأخذ من ماله عقوبة، لا يقوم على دليل شرعي، فكان أخذاً أو أكلاً للمال بغير حق، وهو باطل، ومحرم بالنص.

ثالثاً ـ واستدلوا بالسنة، من مثل قوله ﷺ في حَجَّة الوداع: «**إن دماءكم، وأموالكم، عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا، إلى يوم تلقونه**»[1].

ومن مثل قوله ﷺ: «**لا يحِلُّ مال امرئ، إلّا بطيبة من نفسه**»[2].

وأخذ المال بغير سبب مشروع، قهراً، واعتداءً، محرم بالحديث الأول[3]، وأيضاً القهر تنتفي معه إرادة التبرع أو النزول عن حق المال عن رضاً من صاحبه، فلا يحل بمقتضى الحديث الثاني، وبغيره من النصوص.

قالوا: وأخذ المال قهراً من صاحبه عقوبة على معصية، لو كان على سبيل

---

(١) أخرجه البخاري: ٦٧، ومسلم: ١٦٧٩، وأحمد: ٢٠٣٨٦، من حديث أبي بكرة.

(٢) أخرجه أحمد: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثربي، وهو حديث صحيح لغيره.

(٣) نص الحديث الشريف الأول «**إن دماءكم وأموالكم...**» فيه مقتضى محذوف، لا بد من تقديره، ليستقيم معنى الكلام شرعاً، وهو الاعتداء؛ لأن المحرم ليس هو ذات المال، أو الدم، بل الاعتداء عليهما؛ لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالأفعال، لا بالذوات، كما تعلم.

التخصيص من النص العام، فلا بد من الدليل المخصِّص، ولا دليل، فلا يجوز، فبقي التغريم على مقتضى الأصل العام من عدم المشروعية.

رابعاً ـ واحتجوا أيضاً، بأن ما ورد عن الرسول ﷺ في سنته القولية والفعلية والقضائية بوجه خاص، مما يثبت أصل مشروعية عقوبة أخذ المال، على فرض أنها محكمة غير منسوخة، إنما ورد في وقائع معينة[١] على سبيل الاستثناء، فلا يُتوسَّع فيها؛ لأنها تشتمل على علل قاصرة غير متعدية، فتكون واردة على سبيل الحصر لا المثال، ومن ثَمَّ ـ لقصور علتها ـ لا يصح القياس عليها[٢] إذ من شرط صحة القياس أن تكون علته «متعدية» أي: توجد في غير الواقعة التي ورد فيها النص.

وبعبارة أخرى: إن ما ورد على خلاف القياس، فغيره عليه لا يقاس.

خامساً ـ ما ثبت بالسنة المشهورة، من أن النبي ﷺ قد أقرَّ أعرابيًّا على عدم الزيادة عن حق الزكاة، بعد أداء الصلاة والصوم، وعبادة الله تعالى وحده، ولو كان ثمة حقٌّ في الشرع سواها، لأعلمه؛ إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، والحاجة إلى التشريع قائمة؛ إذ سأل الرسول ﷺ عن الأعمال التي تُدخله الجنة، فدل ذلك على أن الحق في التغريم بالمال أمر لا وجود له في الشرع.

فقد روى أبو هريرة أن أعرابيًّا قال للنبي ﷺ: «دُلَّني على عمل إذا عملته أدخل الجنة» قال: «**تعبد الله، لا تشرك به شيئاً، وتقيم الصلاة، وتؤدي الزكاة، وتصوم رمضان**» قال: والذي بعثك بالحق لا أزيد على هذا. فلما أدبر، قال النبي ﷺ: «**من أراد أن ينظر إلى رجل من أهل الجنة، فلينظر إلى هذا**»[٣].

سادساً ـ ادَّعوا الإجماع على حرمة التعزير بأخذ المال عقوبة[٤].

---

(١) «نيل الأوطار» للشوكاني: (٣/ ١٣٥).

(٢) المرجع السابق.

(٣) أخرجه البخاري: ١٣٩٧، ومسلم: ١٠٧، وأحمد: ٨٥١٥. وقد ورد في معنى هذا الحديث ما يبلغ حد الشهرة. «المجموع شرح المهذب»: (٥/ ٣٠١).

(٤) والحق، أن دعوى الإجماع هذه لم تثبت، لسبب بسيط، هو وجود المخالفين الذين اتجهوا إلى القول بالمشروعية، كما سيأتي. «الاعتصام» للشاطبي: (٢/ ١٠٥).

سابعاً ـ واستدلوا بالمعقول:

١ ـ قالوا: «الزكاة» عبادة كسائر العبادات، من الصلاة والصوم، ولم نعهد أن الشارع قد شرع جزاء على الممتنع عن أدائهما أخذ شطر ماله تغريماً، فكذلك لا يجب شيء من الغرامة المالية على الممتنع عن أدائها. يرشدك إلى هذا، أن هذه الغرامة لو دفعها مالكها إلى الفقراء، واستقرت ملكيتهم لها، ثم سرقها، لا يجوز أخذ شيء من ماله نظير ما سرق، فلأن لا يجب عليه شيء قبل استقرار ملكهم فيها، من باب أولى[١].

٢ ـ إن أبا بكر ﷺ قد حارب الممتنعين عن أداء الزكاة، وهو خليفة، ولم يُنقل أنه أخذ من أحدهم شطر ماله زيادة عن القدر الواجب أداؤه، عقوبة، ولم يؤثَر عن الصحابة فعل ذلك من بعده، أو القول به، فدل ذلك على أن التغريم بالمال غير مشروع، لا في معصية الامتناع عن أداء الزكاة، ولا في غيرها[٢]؛ إذ لم يرد الشرع بشيء من ذلك عمن يُقتَدى به[٣].

٣ ـ قد بيَّن أئمة الفقه بم يكون التعزير، وطرقه المشروعة، فذكروا منه الضرب، والحبس، والنظر شزراً، أو بوجه عبوس، ونحو ذلك مما يتصل بالعقوبات البدنية، أو الإيلام المعنوي، ولكنهم لم ينصوا على التعزير بالأخذ من مال الجاني عقوبة[٤]، بل على العكس من ذلك، صرح بعضهم بأنه محرم؛ لأنه لا يتفق ومقتضى الأصول العامة في الشرع، ولا دليل تستند إليه مشروعيته تخصيصاً من هذه العمومات.

٤ ـ إن ما يدعيه المجيزون من «مصلحة»[٥] سنداً للمشروعية في اجتهادهم، هي ـ في الواقع ـ غريبة، لا توافق مقتضى الأدلة، كما ذكرنا.

---

(١) «الإشراف على مسائل الخلاف»: (١/ ١٦٦)، و«المغني»: (٢/ ٤٢٨).

(٢) «الملكية» للدكتور العبادي: (٢/ ٣٢١).

(٣) «الأحكام السلطانية» للماوردي ص٢٩٥.

(٤) «تبيين الحقائق»: (٢/ ٢٠٨).

(٥) إن جمهور الفقهاء من الشافعية، والحنابلة، والمالكية، قد أجازوا اعتماد المصلحة المرسلة أصلاً يبنى عليه =

هذا، وممن منع مشروعية عقوبة التغريم بالمال، الإمام الغزالي ﷺ فقد جاء في كتابه «شفاء الغليل»[١]، ما نصه:

«فإن قال قائل: إذا رأى الإمام جمعاً من الأغنياء، يسرفون في الأموال، ويبذِّرون، ويصرفونها إلى وجوه من الترفُّه، والتنعُّم، وضروب من الفساد، فلو رأى المصلحة في معاقبتهم: بأخذ شيء من أموالهم، وردِّه إلى بيت المال، وصرفه إلى وجوه المصالح، فهل له ذلك؟ قلنا: لا وجه له، فإن ذلك عقوبة بتنقيص الملك، وأخذ المال، والشرع لم يشرع المصادرة في الأموال، عقوبة على جناية، مع كثرة الجنايات والعقوبات، وهذا إبداع أمرٍ غريب لا عهد به، وليست المصلحة فيه متعيِّنة، فإن العقوبات والتعزيرات، مشروعة بإزاء الجنايات، وفيها تمام الزجر، فأما المعاقبة بالمصادرة، فليس من الشرع... والزجر حاصل بالطرق المشروعة، فلا يُعْدَلُ عنها مع إمكان الوقوف عليها».

«فإن قيل: روي أن عمر ﷺ شاطر خالد بن الوليد على ماله، حتى أخذ رسوله فردَةَ نعلِه، وشطر عِمامته»[٢].

«قلنا: المظنون بعمر ﷺ: أنه لم يُبْدع العقاب بأخذ المال، على خلاف المألوف من الشرع، وإنما ذلك لعلمه باختلاط ماله بالأموال المستفادة من الولاية، وإحاطته بتوسُّعه فيه[٣]، ولقد كان عمر يراقب الولاة بعين كالئة[٤] ساهرة، فلعله خمَّن

= الحكم العقابي المالي، وأطلقوا على هذه «المصلحة» اسم الحاجة، وهي وإن لم يورد الشارع إلّا صوراً معدودة منها، فإنه يصح القياس على المعنى العام المستخلص منها، وهذا هو القياس العام. «معالم القربة»: ص٢٨٤. «الاعتصام» للشاطبي: (٢/ ١٠٥)، و«تبصرة الحكام» لابن فرحون: (٢/ ٢٠٠).

(١) «شفاء الغليل» للإمام الغزالي: تحقيق الدكتور حمد الكبيسي ص٢٤٣ ـ ٢٤٥، مطبعة الإرشادِ ـ بغداد ١٣٩٠هـ ـ ١٩٧١م.

(٢) «تاريخ الطبري»: (٤/ ٢٠٥ ـ ٢٠٦)، و«الكامل» لابن الأثير: (٢/ ٢٢٧)، و«الإصابة»: (١/ ٤١٤)، و«سيرة عمر» لابن الجوزي ص١٣٥ ـ ١٣٦، و«النظم الإسلامية» الدكتور حسن إبراهيم حسن ص٢٢٥.

(٣) كان عمر ﷺ إذا بعث عاملاً على مدينة كتب ماله، وقد قاسم غير واحد منهم. «الطبقات» ابن سعد: (٣/ ٢٨٢)، وانظر «شفاء الغليل» تعليق الدكتور حمد الكبيسي ص٢٤٤.

(٤) حارسة يقظة.

الأمر، فرأى شطر ماله[١] من فوائد الولاية وثمراتها، فيكون ذلك كالاسترجاع للحق بالرد إلى نصابه، فأما أخذ المال المُستخلص للرجل عقاباً على جناية ـ شرع الشرع فيها عقوبات سوى أخذ المال ـ فهو مصلحة غريبة لا تلائم قواعد الشرع».

«فتبين بهذا المثال: أن إبداع أمر في الشرع ـ لا عهد به ـ لا وجه له، وأنَّا ـ في اتباع المصالح ـ نتردد على ضوابط الشرع ومراسمه، وقد ذهب إلى تجويز ذلك ذاهبون، ولا وجه له»[٢]، وستأتي مناقشة ذلك كله.

هذه جملة ما اعتمده المانعون من الأدلة، ومنهم الإمام الشافعي في الجديد[٣]، وأبو حنيفة، ومحمد[٤]، وبعض الحنابلة، وبعض المالكية، وغيرهم، وستأتي مناقشة ذلك كله.

ثانياً ـ اتجاه المجيزين وأدلتهم:

١ ـ استدلوا بالسنة وإجماع الصحابة، والمعقول:

أما السنة، فقد استدلوا بما يأتي:

أ ـ ما رواه بَهْزُ بن حكيم، عن أبيه، عن جده، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**في كلِّ إبلٍ سائمة[٥]، في كل أربعين ابنةُ لبون، لا تُفرَق إبلٌ عن حسابها، من أعطاها مؤتجراً، فله أجرُها، ومن منعها، فإنَّا آخذوها، وشطرَ مالِه، عزمةٌ من عَزَمات ربنا، تبارك وتعالى، لا يحلُّ لآل محمد منها شيء**»[٦].

(١) مال الوالي.

(٢) المرجع السابق.

(٣) ذهب الشافعي في القديم إلى مشروعية التغريم بالمال. «المجموع شرح المهذب»: (٥/ ٢٨٤ وما يليها).

(٤) «تبيين الحقائق»: (٢/٢٠٨).

ومعنى قوله: «نتردد»: أي: نرجع المرة تلو المرة إلى ما وضعه الشارع من ضوابط للمصلحة المعتبرة شرعاً، حتى لا نبتدع في الشرع ما ليس منه، أو نعتمد مصالح غريبة عنه، نقيمها أساساً لبناء الأحكام عليها، في التشريع الاجتهادي لما لا نص فيه.

(٥) يدل على أنه لا زكاة في العلوفة.

(٦) أخرجه أبو داود: ١٥٧٥، والنسائي: (٥/ ٢٥)، وأحمد: ٢٠٠١٦، وإسناده حسن، وفي رواية =

ووجه الاستدلال، أن الرسول ﷺ قد أوجب عقوبة أخذ المال على من امتنع عن أداء الزكاة، فقد فرض عليه أنْ يؤخذ منه حق الزكاة قهراً، لقوله ﷺ: «**فإنّا آخذوها**» وأن يؤخذ شطر ماله عقوبةً، لقوله ﷺ: «**عزمة من عزمات ربنا**» والعزائم الفرائض[1] وهو غرامة زائدة عن أصل الواجب - كما ترى - وهي عقوبة على معصية الامتناع عن أداء الواجب، أو إخفاء المال[2]، أو الخروج على نظام الدولة.

وهذا للإمام أو نائبه[3]، إذ له ولاية أخذ الزكاة، وقبضها، بدليل قوله ﷺ: «**فإنّا آخذوها**» كما ذكرنا، وفُسِّر «**شطر المال**» بالنصف، فيما نقله الإمام النووي عن الإمام أحمد، أنه قال: «تؤخذ منه الزكاة، ونصف ماله عقوبة»[4]، وذهب بعضهم إلى تفسيره ببعض ماله.

وفيه دلالة على أن العقوبة لا تثبت إلّا بحكم، والحكم هنا صريح صادر من الشارع، وهو مُلزم؛ لأن العزمة هي الفريضة، أو الحق الذي لا بد منه[5]، ويقول

= أبي داود «شطر ماله» وفي رواية النسائي «شطر إبله». انظر «المجموع شرح المهذب»: (٥/ ٢٨٤)، و«الأموال»: لأبي عبيد ص٥٢٠ تحقيق محمد خليل هراس، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، و«نيل الأوطار»: (٤/ ١٣٨)، وقال أحمد: صالح الإسناد، وقد وثقه (بهز بن حكيم) جماعة من الأئمة، وقال ابن عدي: لم أر له - لبهز - حديثاً منكراً، وقال الذهبي: ما تركه عالم قط، وقد تكلّم فيه أنه كان يلعب بالشطرنج، قال ابن القطان: وليس ذلك بضائر له، وقال الحاكم: حديثه صحيح. «نيل الأوطار»: (٤/ ١٣٨) - الطبعة الأخيرة - طبع مصطفى البابي الحلبي.

هذا، والعزمة بمعنى الجد في الأمر، وفيه دليل على أن ذلك واجب مفروض؛ إذ العزائم بمعنى الفرائض، المرجع السابق: ص١٤٠، وقوله ﷺ: «**لا تفرق إبل عن حسابها**»: أي: يفصل شريك ملكه عن ملك صاحبه تهرباً من الزكاة.

(١) المرجع السابق «تبصرة الحكام» ص٢١٣.

(٢) «المجموع»: (٥/ ٢٨٨) قدمنا أن الامتناع عن أداء الزكاة يشكل خروجاً على نظام الدولة، ولذا جاز قتالهم، حملاً لهم على الانصياع لتشريع الدولة، واحترام نظامها العام.

(٣) «نيل الأوطار»: (٤/ ١٣٨).

(٤) «المجموع»: (٥/ ٢٨٨)، و«نيل الأوطار»: (٤/ ١٣٨).

(٥) يقول ابن فرحون في كتابه «تبصرة الحكام» ص٢١٣ ما نصه: «ومنها - أي: مما وردت به السنة من العقوبة التعزيرية - أخذُه ﷺ شطر مال مانع الزكاة، عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى» أي: الحق =

الإمام الشوكاني: وقد استدل به على أنه يجوز للإمام أن «يعاقب بأخذ المال» إذ يقول: «وفيه دليل على أن أخذ ذلك واجب مفروض»[١].

ب ـ وبما روي عن عَمْرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي ﷺ سُئل عن الثَّمر المعلَّق، فقال: «**من أصاب بفيه**[٢] **من ذي حاجة، غير متَّخِذ خُبْنَةً، فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه، فعليه غرامة مِثْلَيْهِ، والعقوبة، ومن سرق**[٣] **منه شيئاً بعد أن يُؤويَه الجَرِين، فبلغ ثمنَ المِجَنِّ، فعليه القطع، ومن سرق دون ذلك، فعليه غرامة مِثْلَيْهِ، والعقوبة**»[٤][٥].

ووجه الاستدلال ظاهر، وهو أن من أخرج غير ما يأكل من الثمر المعلق، أو سرق من الجرين ما لا قطْع فيه، فعليه غرامة مثلي ما سرق أو أخرج[٦] من الثمر المعلق، وقد عبَّر الحديث عن ذلك صراحة بلفظ الغرامة.

والأصل ردُّ عين المسروق أو مثلِه، أو قيمته، حسب الأحوال، إذا هلك أو استهلك، فكان التغريم بالمثل الزائد عن مقدار الواجب عقوبة مالية، فضلاً عن العقوبة البدنية، لقوله ﷺ: «**فعليه غرامة مثليه والعقوبة**»، فقد جمع الحديث الشريف بين عقوبة المال وعقوبة البدن، لمعصية السرقة، فيما لا قطع فيه.

وإلزام الشارع بهذه العقوبة صريح، لقوله عليه السلام: «**فعليه غرامةُ مِثلَيه**» لأن هذا التعبير بلفظ «على» يفيد الوجوب، والإلزام.

وقد ذكرنا أن العقوبة حكم لا يثبت إلّا من قبل الشارع، وبإلزامه.

= المفروض الذي لا بد منه. المرجع السابق و«الطرق الحكمية»: ص٢٤٥. وفي بعض الروايات «عزيمة» وهما بمعنى واحد. المرجع السابق.

(١) «نيل الأوطار»: (٤/ ١٣٨). ويقول: العزائم: الفرائض، كما في كتب اللغة.

(٢) قوله: «أصاب بفيه»، أي: أكل بفمه.

(٣) أي: من الثمر بعد أن يؤويه الجرين.

(٤) تغريم الجاني ـ جعله غارماً ـ أي: مديناً بما عوقب به من المال.

(٥) أخرجه أبو داود: ١٧١٠، والنسائي: (٨/ ٨٥ ـ ٨٦)، وأحمد: ٦٦٨٣ بنحوه، وهو حديث حسن.

(٦) «جامع الأصول» ابن الأثير: (٤/ ٣١٩).

قالوا: وليس لهذه العقوبة المزدوجة من سبب آخر غير ما نص عليه في الحديث الشريف، وهو معصية إخراج غير ما يأكل من الثمر المعلق، أو من السرقة من الثمر بعد أن يؤويه الجرين، فيما لا يوجب القطع (الحدَّ)[١]، وهو معقول المعنى، وليس أمراً تعبديًّا خالصاً.

وهذا ثابت بالسنة، فكان ذلك دليلاً على ثبوت أصل مشروعية أخذ المال من الجاني عقوبة، وهو ما نذهب إليه.

ج ـ واستدلوا بقضائه ﷺ من إضعاف الغرم على كاتم ضالَّة الإبل، وقضى رسول الله ﷺ بردها ومثلِها[٢].

والمِثْل ـ أي: مثل قيمة الإبل الضالة ـ غرامة مالية زائدة عن أصل الحق، ثبت بحكم رسول الله ﷺ دَيناً في ذمة الجاني مطلوباً منه أداؤه بإلزام الشارع إياه، وليس لذلك من سبب إلّا جريمة الكتمان والإخفاء، كما هو نص الحديث؛ إذ ليس ثمة من سبب آخر تضاف إليه هذه العقوبة المالية.

د ـ واستدلوا بأمره ﷺ بكسر دنان الخمر، وشق ظروفها[٣]، إتلافاً للمادة المحرمة ذاتها، ولِما تعلق بها من الأوعية[٤] أيضاً.

وقد كان القدر الواجب في العقوبة، إراقة الخمر ذاتها؛ لأنها هي المادة المحرمة التي تقوم بها المعصية، إعداماً لها، لكن ما بال الدِّنان تُكسر، والظروف تشق؟ هو تغليظ العقوبة على الجاني، بتضييع ماله، بما يزيد عن القدر الواجب، إمعاناً في التنكيل، والإغاظة، والزجر، إمّا نظراً لظروف الجاني، أو لظروف الجماعة التي شاعت فيهم هذه المعصية، وقد أشرنا إلى أن الظروف الشخصية والموضوعية تعتبر من معايير تقدير العقوبة التعزيرية.

---

(١) «تبصرة الحكام» لابن فرحون المالكي: (٢/ ٢١٣)، و«نيل الأوطار»: (٤/ ١٣٨ وما يليها)، و«السياسة الشرعية» ص١٠٠.

(٢) أخرجه أبو داود: ١٧١٨، والبيهقي في «الكبرى»: ١١٨٥٧، من حديث أبي هريرة.

(٣) أخرجه الترمذي: ١٢٩٣، والدارقطني: (٤/ ٢٦٥).

(٤) «الطرق الحكمية في السياسة الشرعية» لابن قيم الجوزية الحنبلي ص٣١٣، و«تبصرة الحكام» لابن فرحون المالكي: (٢/ ٢١٣).

فثبت بالسنة، مشروعية إضعاف العقوبة المالية، وتغليظها، للزجر والردع.

ويلاحظ أن من شأن هذا الإضعاف[١] ـ على القدر الواجب أداؤه في الأصل ـ أن يؤدي إلى تحقيق حكمة مشروعية العقوبة غالباً، إذا اقتضت الظروف ذلك، وهي الإيلام والزجر واستصلاح الجاني، وهذه هي «المناسبة» بين المعصية وعقوبتها التعزيرية، نوعاً ومقداراً، تبعاً للظروف، وتجب مراعاتها أساساً في التشريع العقابي التعزيري.

إذن، للظروف الاجتماعية أثر كبير في تضعيفها، فضلاً عن ظروف الجاني.

يرشدك إلى هذا ـ بل ويؤكده ـ أن الرسول ﷺ بعد أن أمر يوم خيبر بكسر القدور التي طبخ فيها لحم الحمر الأهلية[٢]، عقوبةً، عاد فأذن بعدم كسرها، والاكتفاء بغسلها، بعد أن استأذنه الصحابة في ذلك، مما يدل على جواز الأمرين حسب الأحوال، ومقتضيات الظروف، إذ قد سبق أن أمر بكسر دنان الخمر، وشق ظروفها، فضلاً عن إراقتها، وذلك دليل المشروعية في الحالين، وتترجح إحدى العقوبتين المغلظة أو المخففة، بمقتضيات الأحوال.

ولا تعليل لتغليظ العقوبة وعدمه على الرغم من وحدة السبب، وهو المعصية، ووحدة المادة المحرمة، إلّا أن الاقتصار على إتلاف عين المادة المحرمة، والاكتفاء بذلك في خيبر كان ـ في نظر الشرع وتقديره ـ عقوبة ناجعة، لتحقيق الغرض الشرعي من توقيعها، بالنظر لظروفهم وأحوالهم؛ إذ لم تكن تستدعي ذلك التغليظ، بدليل «توسلهم» إلى الرسول ﷺ أن يكتفي بعقوبة إراقة الخمر، دون كسر الدنان، وذلك آية ازدجارهم، وصلاحهم، وعدم إصرارهم.

والخلاصة، أنه يستنبط من مجموع أقواله ﷺ وقضائه، مبدأ تشريعي يعتبر أصلاً في التشريع العقابي التعزيري، يقضي بأن العقوبة إنما تشرع نوعاً ومقداراً، وتغليظاً وتخفيفاً، بقدر ما يتحقق الغرض أو المقصد الشرعي منها، وذلك بمراعاة الظروف

---

(١) الإضعاف والتضعيف: زيادة المثل أو أكثر.

(٢) أخرجه البخاري: ٢٤٧٧، ومسلم: ٤٦٦٨، وأحمد: ١٦٥١٣، من حديث سلمة بن الأكوع.

الاجتماعية فضلاً عن الظروف الخاصة بالجاني، وخطورة المعاصي في حد ذاتها؛ إذ الشطط في العقوبة غير مشروع، فلا تغلَّظ عقوبة ما إذا لم يكن ثمة مقتضٍ لها؛ لأنها شرعت للضرورة، ولا ضرورة فيما يزيد عما تندفع به، كذلك «القصور» في تشريع العقوبة التعزيرية؛ لأن من شأن هذا القصور فيها ألا يجعلها «مناسبة» للجريمة، فلا يتحقق بالتالي الغرض المقصود لا من تشريعها ولا من توقيعها، وذلك ضرر محض لا يشرع.

إذن كلٌّ من الشطط والقصور يُعدم المناسبة، الأمر الذي يترتب عليه تفويت مقصد الشارع في الحالين.

ومن هنا، قد يكون المناسب توقيع العقوبة المالية بأخذ المال من الجاني، إذا اقتضت الظروف ذلك، دون العقوبة البدنية، إذا لم يكن لها مقتضٍ، أو كان فيها الشطط والإسراف المنهي عنه شرعاً.

هـ ـ إباحته ﷺ امتلاك سَلَب الصائد في المدينة وحرمها لمن وجده[1].

قالوا: وهذا حكم بأخذ مال الجاني عقوبة على معصية هتك حرمة المدينة وحرمها بالصيد، وهو مُدَّعانا.

و ـ وقضية «المددي» الذي أغلظ من أجله الكلام عوف بن مالك على خالد بن الوليد، لما أخذ سلبه، وقال النبي ﷺ: «**لا ترده إليه**»، وقد أوردنا بعضاً من صور قضائه ﷺ في عقوبة التغريم بالمال[2].

٢ ـ إجماع الصحابة:

واستدلوا بما أُثر عن الخلفاء الراشدين، من أقضية وأحكام، وكذلك عن أكابر

---

(١) الحديث أخرجه مسلم: ٣٣٢٠ بنحوه، وأبو داود: ٢٠٣٧، وأحمد: ١٤٦٠، من حديث سعد بن أبي وقاص. وانظر «تبصرة الحكام» لابن فرحون المالكي: (٢/ ٢١٣)، و«الطرق الحكمية في السياسة الشرعية» لابن قيم الجوزية ص٣١٣ وما يليها.

(٢) الحديث أخرجه مسلم: ٤٥٧٠، وأحمد: ٣٩٨٧، من حديث عوف بن مالك. راجع صور قضائه ﷺ في «عقوبة التغريم بالمال» ص٧٧ وما يليها.

فقهاء الصحابة تتعلق بالعقوبات المالية أخذاً وإتلافاً، دون نكير، فكان ذلك إجماعاً لزوميًا، وهو حجة تخصص به العمومات[١].

فمن ذلك:

١ ـ تغريم عمر رضي الله عنه لحاطب بن أبي بلتعة مثل قيمة الناقة، زيادةً على القدر الواجب في الضمان والتعويض، وقد غصبها عبيده، وانتحروها[٢]، وأكلوها، إذ كانوا جياعاً، وكانت العقوبة على مولاهم الذي تسبب في تجويعهم.

هذا، ومعصية حاطب في التجويع لا علاقة لها بالمال أصلاً، فكان تغريمه بالمال عقوبة على فعل منهي عنه، وهو إساءة معاملة مواليه.

٢ ـ تغليظ عمر وابن عباس رضي الله عنهما «الدية» على من قتل في الشهر الحرام، في البلد الحرام[٣]، عقوبة مالية على الإجرام في هذا الظرف الزماني والمكاني.

٣ ـ إحراق عليٍّ رضي الله عنه المال المحتكر عقوبة ونكالاً[٤].

٤ ـ تحريق عمر للمكان الذي يباع فيه الخمر[٥].

---

(١) والواقع أن «الإجماع» لا بد له من مستند من كتاب أو سنة، فكان التخصيص بالمستند لا بالإجماع ذاته، على ما هو مقرر في علم الأصول. هذا، ولا يطالب المجمعون بإظهار المستند؛ لأن الأصوليين اعتبروا الإجماع ذاته قائماً مقام مستنده، وقرينة شرعية قاطعة على الحق الشرعي.
هذا، ويفترض اعتمادهم على مستنده لزوماً عقليًا؛ إذ لا يُعقل صدورهم عن حكم موحَّد في مسألة مجتهد فيها، على اختلاف بيئاتهم، ومشاربهم، وثقافاتهم، وتفاوتهم، ذكاءً وفطنة، دون أن يكون مردُّ ذلك دليلاً شرعيًا اعتمدوه.

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى»: (٨/ ٢٧٨)، وانظر «قواعد الأحكام» للعز بن عبد السلام.

(٣) أثر عمر: أخرجه عبد الرزاق: ١٧٢٩٤، وابن أبي شيبة: (٥/ ٤٢١). وأثر ابن عباس: أخرجه ابن أبي شيبة: (٥/ ٤٢١)، وانظر «تبصرة الحكام» و«الطرق الحكمية»، و«نيل الأوطار»: (٤/ ١٣٨ وما يليها). ويلاحظ أنه قد روعيت الظروف «المكانية والزمانية» في تشريع هذه العقوبة نوعاً ومقداراً.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة: (٤/ ٣٠١).

(٥) أخرجه عبد الرزاق: ١٠٠٥١، انظر «نصب الراية» للزيلعي: (٤/ ٣١١)، وانظر «تبصرة الحكام»: (٢/ ٢١٣)، و«الطرق الحكمية» ص٣١٣.

٥ ـ تحريق عمر ﷺ قصر سعد بن أبي وقاص، لما احتجب عن الرعية، وصار يحكم في داره[١].

هذا، وأخذ المال عقوبة كإتلافه، كلاهما مفسدة وضرر في حق صاحبه الجاني، بجامع نزع ملكيته، وحرمانه منه.

وهذا النظر الأصولي من المحقق الإمام العز بن عبد السلام ينفي التفرقة بين أخذ مال الجاني وإتلافه، كما قدمنا، وإذا جاز الإتلاف، جازت المصادرة للمال، وإضافته إلى بيت مال المسلمين، من باب أولى.

٦ ـ مصادرة عمر عماله، بأخذ شطر أموالهم، حيث قسمها بينهم وبين المسلمين، عقوبة لما اكتسبوا من أموال الناس بغير حق، بسلطان الولاية[٢]، زائداً عما فرض لهم من عطاء.

٧ ـ أراق عمر اللبن المغشوش[٣]، وهذا من باب إتلاف المال الذي تقوم به المعصية.

٨ ـ حرمان المحتكر من الربح، ببيع المال المحتكر عليه، بقيمته يوم اشتراه.

٩ ـ أخذ عمر طعام السائل، وإطعامه إبل الصدقة، حين رآه يسأل، وقد وجد معه ما يكفيه، فهو أخذ للمال، وتصدق به، فيما يرى الإمام من المصلحة.

٣ ـ استدلالهم بالمعقول:

واستدلوا بالمعقول، فقالوا: إن أساس العقوبة المالية ـ فضلاً عما ورد في السنة من شواهد تثبت أصل مشروعيتها، وإجماع الصحابة، واجتهادات أئمة الفقهاء ـ هو

---

(١) أخرجه أحمد: ٣٩٠، ورجال سنده ثقات.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) وكذلك إتلاف ما يُعصى به الله، من الصلبان، والأوثان، والملاهي، والخمر، واللبن المغشوش، ونحوه. «قواعد الأحكام» للإمام العز بن عبد السلام: (٢/ ٧٤ وما يليها).
أما إتلاف ما يتعلق بالمادة المحرمة، من الأوعية والأواني، وما إلى ذلك، فتغليظ للعقوبة، كما قدمنا.

«المصلحة» وكفى بها سبباً شرعيًا، تنهض به مشروعيتها؛ لأنها جاءت على وَفْق تصرفات الشارع في قوله، وقضائه، وَوَفْق اجتهادات الخلفاء الراشدين، وهم أفهم لكتاب الله تعالى، ولسنة نبيه، وأكثر اتباعاً لسنَّتِهِ[١].

وقالوا: قد تتحقق المناسبة بين هذه العقوبة والمعصية غير المقدرة، بل قد تتعين تبعاً للظروف، ويكون توقيع غيرها شططاً في العقوبة غير مشروع، إذا لم يكن ثمة مقتضٍ لها؛ لأن الأصل فيها التحريم، وإنما شرعت للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، ردعاً وعدلاً.

وإذا كان بناء حكم العقوبة على المصلحة المرسلة التي تشهد لها الأصول العامة، من شأنه أن يفضي إلى مقصد الشارع، في الزجر والاستصلاح، فهذا هو أساس المشروعية في الواقع الشرعي.

وحرمان الجاني من ماله قهراً، يفضي غالباً إلى إيلامه وزجره؛ لأنه ثمرة جهده، ولا سيما إذا عرف أنه شحيح.

هذا على فرض عدم ورود نصوص في الشريعة تنهض بمشروعيتها، فكيف وقد ورد في السنة أدلة كثيرة قد عرضنا بعضها، وآثار مستفيضة عن أكابر الصحابة وغيرهم؟

فكان بناء الحكم العقابي على «المصلحة» إذاً، ليس تشريعاً بالابتداع، أو بالهوى، ولا بناءً على أساس ملغى شرعاً، بل كان بناء الحكم عليها جارياً على سَنَنِ المشرع في التشريع، وموافقاً لتصرفات الشارع في كثير من نصوصه الجزئية في وقائع شتى، وذلك آية الاعتبار[٢]، وسيأتي فضل بيان وتفصيل عند مناقشة الأدلة، إن شاء الله تعالى.

---

(١) للحديث الشريف: **«عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي»** أخرجه أبو داود: ٤٦٠٧، وأحمد: ١٧١٤٥، من حديث العرباض، وهو صحيح. وقوله عليه السلام: **«أصحابي كالنجوم، بأيهم اقتديتم اهتديتم»** [أخرجه ابن عدي في «الكامل»: (٣/ ٢٠٠). وابن الجوزي في «العلل المتناهية»: (١/ ٢٨٣)، من حديث عمر بن الخطاب]. وغير ذلك من الأحاديث.

(٢) هذه وجهة نظر المجيزين، بنوع تبسيط وتصرف، كما فهمت من موسوعاتهم الفقهية.

مناقشة أدلة المانعين وتقديرها أصوليًّا:

أولاً ـ يتجه على المانعين في دعوى النسخ أنها لم تثبت[١]، لا بدليل من الكتاب، ولا من السنة، للأمور التالية:

١ ـ اختلافهم في الناسخ.

٢ ـ الجهل بالتاريخ الذي به يعلم المتقدم من المتأخر، فلا تقبل مع الجهل بذلك دعوى النسخ بداهة، وإذا انهارت دعوى النسخ، ثبتت مشروعية التغريم بالمال بما ادعي أنه منسوخ، وهو أدلة من السنة الثابتة.

٣ ـ قضاء الخلفاء الراشدين فيما نقل عنهم من آثار مستفيضة، بعقوبة أخذ المال على المعاصي التي لا توجب حدًّا، ولا كفارة، سواء منها ما له علاقة بالمال، أو ما لا علاقة له به أصلاً ـ كما رأيت ـ وذلك بعد وفاته ﷺ مما يقطع ببطلان دعوى النسخ؛ إذ لا نسخ بعد أن لحق الرسول ﷺ بالرفيق الأعلى.

هذا، ومن المحال أن يقع النسخ ولا يعلم به أحد من الصحابة، بل الواقع أنهم كانوا يشهدون قضاء الخلفاء الراشدين ـ رضوان الله عليهم ـ بها، ولم يؤثر أنه أنكر على الخلفاء منهم أحد، فكان «إجماعاً» لزوميًّا على جواز أخذ المال عقوبة على المعاصي غير المقدرة.

وبذلك تبين مدى صحة دعوى الإمام الغزالي رحمه الله الإجماع على النسخ، وهو ما نفاه الإمام النووي من أئمة فقهاء الشافعية أنفسهم، وضعَّف هذه الدعوى ـ كما يقول ـ لوجهين:

«**أحدهما**: أن ما ادعوه من كون العقوبة كانت بالأموال في أول الإسلام، ليس بثابت ولا معروف».

«**الثاني**: أن النسخ إنما يصار إليه إذا عُلم التاريخ، وليس هنا علم بذلك»[٢].

---

(١) «معالم القربة» لابن الأخوَّة ص٢٨٨، و«المجموع»: (٥/ ٢٨٨).

(٢) «المجموع شرح المهذب» للإمام النووي: (٥/ ٢٨٨).

أما وجه الضعف الأول الذي أشار إليه الإمام النووي، فيتجه عليه من النقد، أن العقوبة بالأموال في أول الإسلام ثابتة، بما أوردنا من أدلة من السنة الصحيحة، القولية منها والفعلية، ومن قضائه ﷺ في وقائع كثيرة، كما بينا[١]، وهي تتضافر كلها لتثْبِتَ أصل مشروعية عقوبة أخذ المال، وإنكار ذلك مكابرة، بل غير جائز، لما فيه من اطِّراح[٢] العمل بالسنة الثابتة.

هذا، وتلمح ضعف دعوى النسخ هذه فيما انطوى عليه تعليله في نظر من ادَّعَوْه؛ إذ عللوه بأنه: لسد الذريعة أمام الظلمة من الحكام[٣]، كيلا تمتد أيديهم إلى أخذ أموال الناس بغير حق، لأنفسهم، باسم[٤] العقوبة، فلما تخوَّفوا من ذلك، ورغبوا في نفي العقوبة بالمال إطلاقاً، ادَّعَوا النسخ، وكثيراً ما نرى فريقاً من الفقهاء يدعون نسخ كل دليل لا يوافق دعواهم، أو مذهبهم، إذا عجزوا عن نقض ذلك بالدليل، لكن قضية النسخ لا تثبت بالادعاء، بل بدليل من كتاب أو سنة؛ لأن مَن بيده سلطة التشريع له وحده الحق في نسخ ما كان قد شرَّع.

ثانياً ـ أما استدلالهم بحديث «ليس في المال حق سوى الزكاة»[٥] فعلى فرض صحته، لا يسعفهم في دعوى النسخ؛ لأنه محمول على الزيادة عن القدر الواجب على سبيل الفريضة لا العقوبة؛ إذ الحديث «موضوعه» تحديد «الفريضة» فهل يقتصر الإمام على جباية أصل الواجب، أو له أن يزيد عنه إذا اقتضت الحاجة ذلك؟ وهذا لا علاقة له بالعقوبات إطلاقاً، وإنما هو محض تمحُّل لإثبات دعوى النسخ.

وعلى فرض عمومه، فإنه عام في موضوعه، أو مخصوص بالسنة القولية والفعلية، توفيقاً بين النصوص المتعارضة ظاهريًّا.

---

(١) راجع أدلة المجيزين من السنة، «معالم القربة» لابن الأخوة ص٢٨٨.

(٢) اطراح مصدر الفعل «اطرح» بهمزة ثم طاء مشددة مفتوحة بمعنى نبذ.

(٣) «رد المحتار» لابن عابدين: (٤/ ٦١ وما بعدها).

(٤) المرجع السابق.

(٥) أخرجه ابن ماجه: ١٧٨٩، من حديث فاطمة بنت قيس.

على أن القاعدة الأصولية القاضية بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، غير واردة هنا؛ لأن المراد عموم اللفظ في موضوعه، وهو في تحديد الحق الواجب أداؤه، لا في العقوبة على الامتناع.

ثالثاً ـ على أنه يرد على هؤلاء ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**إن في المال لحقًّا سوى الزكاة**» أخرجه الترمذي[١] عن فاطمة بنت قيس، وقال الشوكاني: وحديثها هذا ثابت[٢].

ويقال لهم جدلاً، ردًّا على احتجاجهم بالحديث الأول: إذا صح عندكم حمل معنى الحديث الأول: «**ليس في المال حق سوى الزكاة**» على نفي أي حق بإطلاق، سوى الزكاة، حتى يشمل النفيُ حقَّ العقوبة بالمال، فإن هذا الحديث الثاني «**في المال حق سوى الزكاة**» يعارضه، بل يناقضه؛ إذ يُثبت ما ينفيه الأول، وإذا تعارضا، أو تناقضا، فلا بد من التوفيق أو الترجيح، لا سبيل إلى التوفيق كما ترى؛ لأنهما متناقضان، إذن بقي الترجيح، ونرجح الثاني؛ لأنه تأيد بقول الرسول ﷺ وفعله، وقضائه في وقائع شتى، وبقضاء الخلفاء الراشدين دون نكير من الصحابة، هذا على فرض صحة الأول، لكنه ضعيف.

على أنّا نرى، أن هذا الحديث وسابقه لا علاقة لهما بالعقوبة المالية أصلاً، فلا يتناولانها بحكميهما، وإنما هما واردان على موضوع واحد، نفياً وإثباتاً، هو ما يفرضه الإمام على ذوي الفضول من الأموال، أي: الأغنياء، لسد الحاجة، إذا لم تف حصيلة الزكاة بها، وهذا أمر لا علاقة له بالعقوبات أصلاً.

قال عليه السلام: «**فرضت للفقراء في مال الأغنياء ما يسعهم**» أخرجه ابن النجار عن أنس[٣].

---

(١) «سنن الترمذي»: ٦٥٩.

(٢) «الأموال» للأستاذ المنتصر الكتاني ص٦٩ ـ ص٧١ مطبوع على الآلة الكاتبة.

(٣) أخرجه أبو نعيم الأصبهاني في «الحلية»: (٣/ ١٧٨)، والخطيب في «تاريخ بغداد»: (٥/ ٣٠٨)، من حديث علي، وذكره المتقي الهندي في «كنز العمال»: (٦/ ٧٦٢)، وقال: ابن النجار عن أنس.

وإليك طرفاً مما يؤيد هذا المعنى من أقوال الصحابة وأكابر الفقهاء والمفسرين رضي الله عنهم أجمعين.

فسر ابن عباس قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ فِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقّٞ مَّعۡلُومٞ﴾ [المعارج: ٢٤] قال: سوى الزكاة يصل بها رحماً، أو يُقري بها ضيفاً، أو يُعين بها محروماً[١].

وقال مجاهد: «وفي أموالهم حق» قال: سوى الزكاة.

وقال إبراهيم النخعي: كانوا يرون في أموالهم حقًّا سوى الزكاة.

وقال ابن حزم: «فرض على الأغنياء من كل أهل بلد أن يقوموا بفقرائهم، ويجبرهم السلطان على ذلك، إن لم تقم الزكوات بهم، ولا في سائر أموال المسلمين بهم، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذي لا بد منه، واللباس للشتاء والصيف.. إلخ».

وقال ابن رجب الحنبلي: «يجب بذل فضل الأموال في مواضع» وهذا ـ كما ترى ـ لا علاقة له بمسألة التغريم بالمال عقوبة على معصية غير مقدرة، فلا يصح الاحتجاج بهذا الحديث على نفي هذه العقوبة في الشرع.

رابعاً ـ على أن حديث: «ناقة البَرَاء بن عازب» لا يصلح ناسخاً، على فرض تأخره في الورود؛ إذ لا يلزم من اقتصار الرسول ﷺ على الحكم بضمان ما أُتلف في هذه الواقعة، تعويضاً مكافئاً، دون إضعاف العقوبة، أقول: لا يلزم من ذلك عدم جواز المعاقبة بالمال مطلقاً؛ لأن الامتناع[٢] لا يستلزم المنع وعدم المشروعية؛ إذ قد يكون الامتناع لعدم وجود ما يقتضيه، كما في امتناعه ﷺ عن التسعير.

وفي هذا المعنى يقول الإمام الشوكاني: «وزعم الشافعي أن الناسخ حديث ناقة البَرَاء؛ لأنه ﷺ حكم عليه بضمان ما أفسدت، ولم يُنقل أنه ﷺ في تلك القضية أضعف الغرامة، ولا يخفى أن تركه ﷺ للمعاقبة بأخذ المال في هذه القضية، لا

(١) أخرجه ابن جرير في «تفسيره»: (٢٩/ ٨٠)، وابن أبي حاتم في «تفسيره»: ١٨٦٣٥.

(٢) قد بينا الفرق بين المنع والامتناع، فالامتناع قد يكون في قضية معينة، لا تستدعي ظروفها وأحوالها تشريع العقوبة المالية، أو توقيعها، وعلى هذا، فلا يعتبر الامتناع قاعدة شرعية عامة ملزمة، أما المنع فتشريع عام أو قاعدة تشريعية عامة ملزمة ـ راجع: (١/ ٥٦٠) الهامش.

يستلزم الترك مطلقاً، ولا يصلح للتمسك به على عدم الجواز، وجعله ناسخاً، البتة»[١].

ورد دعوى النسخ ابن القيم بقوله: «وليس يسهل دعوى النسخ، وفعلُ الخلفاء الراشدين، وأكابر الصحابة بعد موته ﷺ مبطلٌ لدعوى نسخها.. والمدعون لدعوى النسخ ليس معهم كتاب، ولا سنة، ولا إجماع يصحح دعواهم، إلّا أن يقول أحدهم: مذهب أصحابنا لا يجوز، فمذهب أصحابه عنده عِيَارٌ على القبول والرد»[٢].

وقال أيضاً قبل ذلك: «ومن قال: إن العقوبات المالية منسوخة، وأطلق ذلك، فقد غلط على مذاهب الأئمة، نقلاً واستدلالاً»[٣].

خامساً ـ أما دعوى «الإجماع» فقد أتينا بالأدلة التي تقطع ببطلانها، فالآثار المستفيضة عن الخلفاء الراشدين[٤] في أقضيتهم بعقوبة المال على المعاصي غير المقدرة، بعد وفاته ﷺ فضلاً عن أقضية واجتهادات الأئمة من بعدهم[٥] من واقع مصادرهم الفقهية التي تدحض هذه الدعوى، كما تدحض دعوى النسخ على السواء.

---

(١) «نيل الأوطار»: (٤/ ١٣٩).
هذا، وممن قال بالنسخ البيهقي في «سننه»: (٤/ ١٠٥)، إذ يقول: «وقد كان تضعيف الغرامة على من سرق، في ابتداء الإسلام، ثم صار منسوخاً». المرجع السابق.

(٢) إشارة إلى التقليد المطلق، والتعصب المذهبي، إذ لم يأت بدليل صحيح يؤيد به دعواه سوى أن مذهبه لا يجيز التغريم بالمال، فكان مذهبه هو القول الفصل في الشرع، وأن الحق الشرعي لا يعدوه، فقوله: «مذهب أصحابنا لا يجوز» أي: إن القول بعدم مشروعية التعزير بالمال هو مذهب أصحابنا؛ إذ اعتبروه «معياراً» للقبول والرد، دون نظر إلى الدليل، أو اعتبار له، وهذا لون من التهكم «الطرق الحكمية» ص٣١٤.
وقوله: عيار من عيارات المكيال والميزان معايرة وعياراً، امتحنته بغيره لمعرفة صحته، وعيار الشيء ما جعل نظاماً له. «المصباح المنير» وفي «مختار الصحاح» أن العيار بالكسر، هو «المعيار» أي: الذي توزن به الأشياء أو تكال، أو تمتحن، ليعرف مقدارها، أو صدقها وحقيَّتها، أو زيفها وبطلانها.
وقوله: ليس معهم كتاب، ولا سنة، ولا إجماع، أي دليل شرعي معتبر من مصادر التشريع، فهو قول بالهوى والتشهّي.

(٣) المرجع السابق، وقد رد دعوى النسخ أيضاً الإمام ابن تيمية، «الحسبة» ص٥٠ وما يليها.

(٤) راجع اجتهادات بعض الصحابة، ومن بعدهم، في التغريم بالمال، فضلاً عن أقضيته ﷺ في ذلك: ص٧٧ وما يليها.

(٥) على ما سيأتي بيانه.

هذا، ونحن نرى أن الأمر على العكس من ذلك تماماً، فالإجماع العملي اللزومي قد انعقد على عهد الصحابة ﷺ على مشروعية أصل عقوبة المال، إتلافاً، أو مصادرةً، أو تغريماً، إذ لم يُؤثر أن أحداً من الصحابة أنكر على الخلفاء الراشدين أقضيتهم في هذه العقوبة.

وأما كون هذا الإجماع لزوميًا، فلأنه يلزم من عدم الإنكار الإجماع على المشروعية، ولا ندري من أين أتوا بقضية الإجماع على عدم المشروعية؟

مناقشة الإمام الغزالي في أصولية هذا النوع من الإجماع الذي نسبه إلى الصحابة:

ونحن نرى أن هذا النوع من الإجماع الذي نسبه الإمام الغزالي ﷺ إلى الصحابة، لم يرد له مفهوم في علم الأصول، ولا عرفه أئمة الفقهاء، ولا قال به أحد، حتى الإمام الغزالي في تحديده لمفهومه، في كتبه الأصولية[1]؛ لأنّا نعلم أن الإجماع أصوليًا، نوعان:

١ ـ قولي صريح، يتحقق باتفاق كافة المجتهدين في عصر معين على حكم شرعي لمسألة معينة مجتهد فيها، بعد وفاته ﷺ.

٢ ـ إجماع سكوتي، بأن يصرح بعض المجتهدين برأيهم في حكم المسألة، ويسكت الباقون، فيفسر سكوتهم بأنه موافقة بشروط معينة معروفة في علم الأصول، وهو إجماع مختلف في حجيته، كما تعلم.

أما أن يسكت المجتهدون كافة عن مصلحة واقعة[2] في عصرهم، ولا يرتبوا عليها حكماً تقتضيه، فلم نر أحداً من الأصوليين، ولا من الفقهاء من سمى ذلك إجماعاً على عدم مشروعية تلك المصلحة!

وأيضاً، لو كان مثل هذا إجماعاً معتبراً، كما يرى الإمام الغزالي ـ رحمه الله تعالى ـ لامتنع على المجتهدين من بعدهم أن يتناولوا المسألة بالاجتهاد والبحث،

(١) من مثل «المستصفى»، و«المنخول»، و«شفاء الغليل».

(٢) «المنخول»: ورقة ٨١ ـ ٨٢، و«نظرية المصلحة» للدكتور حسان ص٤٣٨.

ليصدروا فيها عن حكم شرعي، وهذا لم يقل به أحد؛ لأنه يستلزم سدَّ باب الاجتهاد، ويوقع في مآزق تشريعية، الأمر الذي يتنافى وكمال هذه الشريعة السمحة الغراء، وخلودها، وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

موقف الإمام مالك من هذا النوع من الإجماع، ومدى أصوليته:

على أن الإمام مالكاً ـ رحمه الله تعالى ـ قد خالف الإمام الغزالي في أصولية هذا الإجماع، فقد نص الإمام الشاطبي[١] على أن الإمام مالكاً يأخذ بالمصلحة المرسلة التي كانت قائمة في عهد الصحابة، أو في عصر غيرهم، ولو سكت عنها مجتهدو ذلك العصر، فلم يبنوا عليها ما تقتضيه من حكم شرعي، بدليل أنه اجتهد في كثير من المسائل من هذا القبيل[٢].

والخلاصة، أن عدم حكم الصحابة ـ كما يقول الإمام الغزالي ـ بالعقوبة المالية، لا يستلزم عدم مشروعيتها[٣].

منشأ الخلاف في هذا النوع من الإجماع:

فمنشأ الخلاف إذن في هذا النوع من الإجماع، يتركز فيما يلي: هل المصلحة التي كانت قائمة في عصر معين، وتقتضي ترتيب عقوبة تعزيرية عليها، ولم يصدر المجتهدون عما تقتضيه من حكم شرعي، هل يعتبر ذلك «إجماعاً» على نفي مشروعيتها؟ بهذا قال الإمام الغزالي في احتجاجه على عدم مشروعية العقوبة بالمال، وخالفه في ذلك الإمام مالك، رضي الله عنه.

ولا ريب، أن الراجح هو ما ذهب إليه الإمام مالك، لما بينا[٤].

---

(١) «الاعتصام»: (٢/ ١٢٣).

(٢) المرجع السابق.

(٣) هذا، والواقع أن الصحابة قد اجتهدوا رأيهم فيها، والأخبار في ذلك مستفيضة. راجع ص٧٧ وما يليها.

(٤) ونذكرك أنا بينا أن هذا النوع من الإجماع لم يرد له مفهوم في علم الأصول، ولا عند أئمة الفقهاء، وأنه يستلزم سد باب الاجتهاد في تلك المسائل.

على أن هذا النوع من الإجماع فضلاً عن غرابة نوعيته أصوليًا، ينفيه الواقع؛ إذ الصحابة قد صدروا في اجتهاداتهم، عن مشروعية العقوبة بالمال، في آثار مستفيضة لا سبيل إلى نكرانها، وبهذا يُردّ أيضاً على الإمام الطحاوي الذي لم يستطع إنكار هذا الواقع، فاضطر إلى القول بأن التغريم بالمال كان ثابتاً ومشروعاً، في أول الإسلام، ولكنه نسخ، وقد رأيت ما ورد على دعوى النسخ هذه، فضلاً عن رفض جمهور الفقهاء لها.

سادساً ـ وأما تمسكهم بالعمومات، من مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] فقد علمت أنها خُصِّصت بالسنة المتضافرة في وقائع كثيرة، وهي في مجموعها يقوّي بعضها بعضاً، فتفيد الصحة والثبوت، وغلبة الظن، وهي كافية في وجوب العمل، وتخصيص العمومات[1].

وتأيد هذا التخصيص أيضاً بإجماع أكابر الصحابة، وعلى رأسهم الخلفاء الراشدون.

كما تأيد «بالمصلحة المرسلة» الملائمة التي تبنى عليها الأحكام في الوقائع التي لم يرد فيها نص، إذا شهد لها أصل عام في التشريع على ما سيأتي بيانه.

وعلى هذا بطل استدلال المانعين بالعمومات، لأنها غير مرادة للشارع في هذه المسألة، لما قدمنا من الأدلة الشرعية المعارضة لمقتضى تلك العمومات، والتخصيص توفيق بين المتعارضين، وإعمال للدليلين، كما تعلم، وستأتي مناقشة مشروعية هذه المصلحة.

سابعاً ـ على أن استدلال المانعين على عدم مشروعية عقوبة المال، بأنها «أخذ مال بغير حق» أو «بغير سبب شرعي» استدلال غير صحيح؛ لأنه «مصادرة».

(١) راجع بحث «التخصيص» و«المخصصات» في كتابنا «أصول التشريع ومناهج الاجتهاد بالرأي» ص٥٠٩ ـ ص٥٣٣.

وقد بينا أن التخصيص ـ أصوليًا ـ هو «إرادة المشرع قصر العام على بعض أفراده، منذ بدء تشريعه، بدليل شرعي معتبر يدل على هذه الإرادة».

والمصادرة - في اصطلاح علماء البحث والمناظرة - «أخذ الدعوى في الدليل» وبيان ذلك:

أن الدعوى: «هل المصلحة التي تترتب عليها عقوبة المال، ملائمة لتصرفات الشارع، فتعتبر سبباً شرعيًّا لهذه العقوبة، أو أنها «غريبة» أو غير ملائمة؟ وقبل ذلك لا يصح الاستدلال بغرابتها، وإلّا كانت المصادرة.

أو بعبارة أخرى: إن غرابة المصلحة - بما هي موضوع النزاع، أو هي الدعوى - لا تصلح دليلاً؛ لأن هذه الدعوى نفسها تفتقر إلى دليل يثبتها.

إذن، ينبغي أن ينصبَّ الاستدلال أولاً على إثبات كون هذه المصلحة سبباً شرعيًّا لذلك.

ثامناً - أما ما ادعاه المانعون من ضعف حديث «بهز بن حكيم»[١]، وحديث «عمرو بن شعيب»[٢] فيتجه عليهم في الأول أنه قد وثقه جماعة من أئمة الحديث[٣].

وأما الثاني، فقد أخرج نحوه النسائي، والحاكم، وصححه، كما رواه أحمد، وأبو داود، وروى ابن ماجه معناه[٤]، وحسنه الترمذي.

وقال الشوكاني: «الحديث دليل على جواز التأديب بالمال»[٥].

---

(١) أخرجه أبو داود: ١٥٧٥، والنسائي: (٥/ ٢٥)، وأحمد: ٢٠٠١٦، وإسناده حسن.

(٢) أخرجه النسائي: (٨/ ٨٥)، وابن ماجه: ٢٥٩٦، وأحمد: ٦٦٨٣، وهو حديث حسن.

(٣) وقد وثقه ابن معين، والحاكم، والذهبي، والبيهقي، وسئل عنه الإمام أحمد، فقال: صالح الإسناد، وقال ابن عدي: لم أر له حديثاً منكراً، وقال الذهبي: ما تركه عالم قط، وقد تُكُلِّمَ فيه، وأنه كان يلعب بالشطرنج، قال ابن القطان: وليس ذلك بضائر له، فإن استباحة (الشطرنج) مسألة فقهية مشتهرة، وقال الحاكم: حديث صحيح، وقد حسَّن الترمذي له عدة أحاديث، ووثقه، واحتج به إسحاق، والبخاري، وروي عن أبي داود أنه حجة عنده. «نيل الأوطار»: (١٣٨/٤ وما يليها).

(٤) المرجع السابق: (٧/ ١٣٤).

وجاء في رواية النسائي: «وما لم يبلغ ثمن المجنِّ (لم يبلغ النصاب) ففيه غرامة مثلَيْه، وجلدات نكالٍ».

(٥) المرجع السابق.

وقد اعتضد هذان بأحاديث منها حديث «الحَرِّيسة» وهي من الغنم السيارة التي يدركها الليل قبل أن تصل إلى مأواها، إذا سُرقت، ففيها: «ثمنها مرتين» أي: إضعاف العقوبة.

وفي هذا دليل أيضاً ـ كما يقول الشوكاني ـ على «جواز التأديب بالمال» في معصية السرقة التي لا قطع فيها، لعدم توافر شرط الحدّ.

وفي هذا رد كاف على من ذهب إلى تضعيف حديث بهز، وحديث عمرو بن شعيب هذين.

على أن بعض المانعين التمسوا سبيل «التأويل» بعد أن رأوا أن التضعيف لا يجديهم، ولكنه ـ فيما يبدو ـ تأويل مستكرَه، فقد قالوا: إن راوي حديث «بَهْز» قد وَهِم، فذكر لفظ «وإنَّا آخذوها وشطر ماله» وإنما هو «وإنَّا آخذوها من شطر ماله، وذلك بجعل ماله شطرين، ويتخيَّر المُصَدِّق»[1] ويأخذ الصدقة من خير الشطرين عقوبة على منع الزكاة.

ولكنه تأويل ناجم عن التصرف في ألفاظ الرواية على نحو يخالف الرواية الصحيحة الثابتة التي نصها: «وإنَّا آخذوها، وشطر إبله، أو شطرَ مالِه»[2].

فهو تأويل لا يستند إلى دليل، فيكون باطلاً.

على أن هذا التأويل لا يسعفهم، بل هو حجة عليهم، ذلك لأن «المُصدِّق» إذا تخير على الممتنع أنفسَ الشطرين، وأجودَهما، كانت الزيادة في الجودة عقوبة مالية؛ لأن للجودة حصة في الثمن كالمقدار.

وأيضاً ثبوت مشروعية عقوبة المال، لا تستند إلى هذين الحديثين فحسب، بل إلى كثير من وقائع قضائه وأقواله وأفعاله ﷺ واجتهادات الصحابة والتابعين، فضلاً عن «المصلحة» المعتبرة، وهي مقصود الشرع، كما بينا.

---

(١) المصدق: هو الذي يأخذ صدقات النَّعَم (يجبي زكاة النعم من الإبل والبقر والغنم). «المصباح المنير».

(٢) كما في روايتي النسائي وأبي داود. «نيل الأوطار»: (١٣٨/٤).

تاسعاً ـ أما قولهم فيما نقلوه عن الماوردي «من أن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عمن يُعْتَدُّ به، أو يُقتدى به»[1].

فيجاب عنه، بأنه كفى برسول الله ﷺ قدوةً، وبالخلفاء الراشدين من بعده!

عاشراً ـ وأما قولهم: إن أئمة الفقه قد بينوا بم يكون التعزير، وفصَّلوا القول فيه، ولم يذكروا شيئاً من العقوبة المالية، فمنقوض بما يلي:

أ ـ ذهب الإمام أبو يوسف من الحنفية إلى جواز العقوبة بالمال، فقد جاء في «تبيين الحقائق» للزيلعي ما نصه: «وعن أبي يوسف أن التعزير بأخذ المال جائز للإمام»[2].

هذا، وعلق الشلبي في حاشيته على ذلك بقوله: «وما في الخلاصة، سمعت من ثقة، أن التعزير بأخذ المال إنْ رأى القاضي ذلك، أو الوالي ـ أي: رأى المصلحة في ذلك ـ جاز، ومن جملة ذلك جواز التعزير بأخذ المال ممن لا يحضر الجماعة[3]، وكذلك ممن يحضر مجالس الشرب، دون أن يشرب[4]، فهذه عقوبة مالية محضة على معصية لا علاقة لها بالمال أصلاً، كما ترى.

وأما في فقه الحنابلة المتقدمين، فقد جاء في «كشاف القناع»: «التعزير بالمال سائغ، إتلافاً، وأخذاً»[5].

وأما تعليل ابن قدامة لقوله بعدم المشروعية، بالنظر إلى ما يفعله الحكام الظَّلمة، فهذا حكم سياسي، أي: اقتضته مبادئ سياسة التشريع، استجابة لمقتضيات الظروف، ويزول بزوالها ـ كما علمت ـ ونحن لا ننازع فيه هذا، ولكنا نبحث المسألة في الفقه العام الثابت، وفي هذا المعنى يقول ابن عابدين: «لا أن يأخذه الحاكم لنفسه... كما يتوهَّمه الظَّلَمة»[6].

---

(١) «المجموع شرح المهذب» للنووي: (٥/ ٢٨٨)، و«الأحكام السلطانية» ص١٢١ وما يليها.

(٢) «تبيين الحقائق»: (٢/ ٢٠٨ وما يليها). (٣) المرجع السابق.

(٤) «التعزير» د. عبد العزيز عامر ص٣٢٥، و«فتاوى البزازية»: (٢/ ٤٥٧).

(٥) «كشاف القناع» للبهوتي: (٤/ ٧٤ وما يليها)، والمرجع السابق.

(٦) «رد المحتار»: (٤/ ٦١ وما يليها).

وهذا مشعر بأن بعض أئمة الحنفية قالوا بمنع العقوبة المالية، سدًّا لهذه الذريعة.

وأما في فقه متأخري الحنابلة، من مثل ابن تيمية(١)، وابن القيم(٢)، فقد أوردنا طائفة من العقوبات المالية: أخذاً، ومصادرة، وإتلافاً، وكذلك في فقه الإمام مالك(٣) نفسه، فضلاً عن المجتهدين في مذهبه، وفقه الزيدية(٤) مما يُدحض دعوى أن أئمة الفقه لم ينصوا على العقوبة المالية، ولا ندري من أين أتَوْا بهذه الدعوى أو المقولة؟.

ويقول الإمام الشاطبي ـ مبيناً اتجاه الإمام مالك نفسه ﷺ إلى الأخذ بمشروعية عقوبة المال، مصادرة، إذا كانت الجناية قائمة بالمال، أو عِوَضِهِ ـ: «فالعقوبة فيه عنده ثابتة، فإنه قال في الزعفران المغشوش، إذا وُجد بيد الذي غشه(٥): إنه يُتصدق به على المساكين، قلَّ أو كثر، وذهب ابن القاسم، ومطرف، وابن الماجشون إلى أنه يُتصدَّق بما قل منه، دون ما كثر»(٦).

---

(١) «الحسبة» ص٤٧.

(٢) «الطرق الحكمية» ص٣١٤ وما يليها.

(٣) «تبصرة الحكام» لابن فرحون المالكي ص٢١٣، و«الاعتصام» للشاطبي: (٢/ ١٢٤).
هذا، ويقول ابن القيم في عقوبة المال غير المقدرة من قبل الشارع ـ وهي موضوع البحث ـ ما يلي: «وأما النوع الثاني غير المقدر، فهذا الذي يدخله اجتهاد الأئمة بحسب المصالح، ولذلك لم تأت فيه الشريعة بأمر عام، وقدر لا يزاد فيه، ولا ينقص، كالحدود، ولهذا اختلف الفقهاء فيه، هل حكمه منسوخ أو ثابت؟ والصواب أنه يختلف باختلاف المصالح، ويرجع فيه إلى اجتهاد الأئمة في كل زمان ومكان، بحسب المصلحة؛ إذ لا دليل على النسخ، وقد فعله الخلفاء الراشدون، ومن بعدهم من الأئمة». «إعلام الموقعين»: (٢/ ٩٨).

(٤) وجاء في «التاج المذهب» (فقه زيدي): «أن للإمام أن يعاقب بأخذ المال أو إفساده»: (٤/ ٤٤٥ ـ ٤٤٧).
كما أجاز الزيدية مصادرة أموال البغاة عقوبة، في تفصيل في مصادر فقههم، على الرغم من أن إسلامهم يستوجب عصمتهم، وذلك لعلة معصية البغي والخروج على الإمام العادل، وكذلك بعض الإمامية. «شرائع الإسلام»: (١/ ١٥٧).

(٥) ليكون أخذه منه إتلافاً بالنسبة إليه، بخلاف ما لو وجد في يد غيره من المشترين؛ إذ الغش لم يكن من جانبهم.

(٦) لأن في الكثير مجاوزة لمبدأ «المثلية» في العقوبة، وهو شطط يتنافى ومقتضى العدل في العقاب، وأيضاً يترتب على ذلك إضاعة المال، في غير ما ضرورة، وهو منهي عنه، فيقتصر في الأخذ على ما تقتضيه الضرورة، والمثلية، والعدل، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦].

هذا، والعقوبة على الغش حق الشرع، لا حق العبد.

ثم أشار إلى أن هذا الاجتهاد قائم على أصل شرعي، أرساه الرسول ﷺ نفسه، حيث أمر بإكفاء القدور التي أُغليت بلحوم الحُمُر الأهلية قبل أن تُقسم، وحديث العتق ـ وهو تغريم مالي ـ بالمُثلة، من ذلك أيضاً»[١] أي: ضرب من عقوبة المال.

وبيَّن كذلك أن صنيع عمر ﵁ من إراقته للَّبن المغشوش بالماء، إنما هو قياس متبادر العلة، على الأصول الشرعية الثابتة بالسنة.

ويستخلص الإمام الشاطبي «الأصل المعنوي» الذي ينتظم مثل هذه الوقائع من أقضية الرسول ﷺ واجتهاد الصحابة من بعده، ويقرره بقوله: إن هذا من باب «**الحكم على الخاصة، من أجل العامة**». وهذا أصل معنوي عام يشهد للمصلحة المرسلة التي بنيت عليها مشروعية عقوبة المال مطلقاً بالملاءمة[٢].

وبيان ذلك: أن تغريم الجاني مضرَّة في حقه، لكنها مصلحة بالنسبة للأمة، فتعارضت المصلحتان: الخاصة والعامة، لكن إزالة الضرر عن العامة واجب، وهو مصلحة، وذلك بالتغريم، فكان واجباً، تقديماً للمصلحة العامة على الخاصة.

غير أن هذا «الأصل العام» ينتظم بعمومه ومقصده العقوبة المالية بإطلاق، سواء أكانت الجناية قائمة بالمال، أم بغيره، مما لا يتعلق بالمال أصلاً، إذا تعينت، تقديماً للمصلحة العامة، على ما وجَّه الشاطبي استدلاله؛ إذ المنطق التشريعي يقتضي هذا، وإلا كان التناقض، وهو ما قال به ابن العطار حيث ذهب إلى ثبوت العقوبة المالية بإطلاق[٣].

حادي عشر ـ أما تأويل الفقه لمعنى العقوبة المالية أخذاً بأن ذلك محمول على معنى

---

(١) و(٢) «الاعتصام»: (٢/ ١٢٤). فكيف يستقيم مع هذا اجتهاد الإمام الغزالي، في أن هذه المصلحة غريبة عن الشرع؟ ولا تلائم تصرفات الشارع؟!

(٣) المرجع السابق.

احتباس القاضي أو الوالي مال الجاني مدة، ثم إعادته إليه، فتأويل بعيد[1]. ومُستَكرَه، ولعل ما حملهم عليه هو الرغبة في الالتزام برأي الإمام أبي حنيفة ومحمد؛ لأن هذا ليس من معنى العقوبة أو التغريم الذي ينقص من مال الجاني على سبيل سلب ملكيته، ونزعها عنه، ومن شأنها ألا تترك أثرها في نفس الجاني من الإيلام بالحرمان، والردع؛ لأنه يكون حينئذ على اطمئنان وثقة من مصير عود ماله إليه، كما لا يترك أثراً في الناس؛ إذ لا يحملهم مثل هذا الاحتباس المؤقت للمال على التبصُّر بالعاقبة، أو على الارتداع، أو الازدجار، فلا يتحقق بالتالي المقصد الشرعي من هذا الإجراء، فيكون باطلاً، لما هو مقرر شرعاً، من أن «كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصود باطل».

ويقول ابن عابدين: «لأن المقصود الزجْر»[2] وهذا تصرف غير زاجر بداهة، فيكون عبثاً، والعبث لا يشرع؛ إذ الأحكام معللة بمصالح العباد.

هذا، والمعنى المستقر في تصور الفقهاء الذي بنوا عليه اجتهاداتهم، وما يتبادر إلى الذهن من العقوبة المالية عند إطلاقها، هو معنى «الإنقاص» من مال الجاني، وقطع ملكيته عن المال المأخوذ، فيُحرم منه، ويُسلب حقَّه فيه، وهذا هو محل النزاع بين الفقهاء.

على أنه يمكن أن يحمل هذا التأويل المستكره، من أخذ المال من الجاني، وتأخير إرجاعها إليه، على معنى العقوبة، لما فيه من حرمان صاحب المال من منفعته فترة مصادرته، وقد تطول وقد تقصر، والحرمان من منفعة المال سلب للمال جزئيًّا، فلا حجة لهم في هذا التأويل.

أضف إلى ذلك، أن هؤلاء الذين أوَّلوا معنى العقوبة المالية، على النحو الذي رأيت، لم يرد في قضاء رسول الله ﷺ ولا في آثار الصحابة ومن بعدهم، ما يُسعف على تقرير هذا المعنى، أو تأييد هذا التأويل، وإنما هو نظر مصلحي مجرد من قبل بعض مجتهدي الحنفية.

---

(١) «رد المحتار» لابن عابدين: (٤/ ٦١)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٣/ ٢٠٨ وما يليها).

(٢) المرجع السابق.

على أنَّ بعض الحنفية الذين قالوا بهذا التأويل، عادوا فقالوا بجواز العقوبة بالمال، وعدم إرجاعه إلى الجاني، إذا وقع اليأس[1] من توبته، ويتصرف الإمام فيه، بما يرى من وجوه المصلحة، مما يدل على أنهم آثروا «التدرج» في توقيع هذه العقوبة المالية، فبدأوا بالأخف، حتى إذا لم يتحقق شرط «المناسبة» وهو الإفضاء إلى المقصود من الازدجار[2]، والردع، أوقعوا الأشد، وهو التغريم، إنقاصاً لماله عقوبة.

ونحن إنما يعنينا هذه العقوبة الأخيرة، فقد آل الاجتهاد في مذهب الحنفية إلى القول بعقوبة المال، كما ترى، فما هو عمدتهم في ذلك، هو عمدة المجيزين.

وأغلب الظن ـ كما ذكرنا ـ أنهم لما رأوا الإمام أبا يوسف يخالف الإمام أبا حنيفة ومحمداً، جنحوا إلى التأويل البعيد، إيثاراً منهم لرأي الإمام؛ إذ لم يأتوا بدليل يستند إليه هذا التأويل، أو يشهد بأن الإمام أبا يوسف ﷺ قد قصد هذا المعنى، والتأويل لا بد له من دليل؛ لأنه خلاف الأصل، وإلّا كان مُطَّرَحاً لا يُعبأُ به، ويكون بالتالي تقوُّلاً على الإمام أبي يوسف لا قولاً له.

هذا، ونرى أنه لا يشترط تحقق اليأس من استصلاح الجاني في هذه العقوبة، لما في ذلك من مظنة حمل الجناة على الاجتراء على الجرائم، وهو مفسدة أيما مفسدة، لا يصار إلى فتح بابها، باشتراط تحقق اليأس.

ثاني عشر ـ ويتجه على المانعين في قولهم: إن ما ورد من أقضية الرسول ﷺ واجتهادات الصحابة، وغيرهم، كان على خلاف القياس، فلا يتوسع فيه؛ لأن ما ورد على خلال القياس، فغيره عليه لا يقاس.

ويجاب عن ذلك بما يلي:

١ ـ أن العقوبة بالمال تثبت بالقياس العام، أو الأصل المعنوي، على ما قرره الإمام الشاطبي، لا القياس الأصولي الخاص، من إلحاق فرع بأصل، لعلة مشتركة بينهما.

---

(١) «فتاوى البزازية»: (٢/ ٤٥٧)، و«رد المحتار»: (٤/ ٥١).

(٢) لأنهم اشترطوا أن يكون الجاني ميؤوساً من توبته، وذلك دليل إصراره، وعدم ازدجاره.

٢ ـ سلمنا أنه من القياس الخاص، لكنه قياس أولوي، أو ما يسمى «دلالة النص» وهي حجة في إثبات العقوبة؛ لأنها في معنى النص، لتبادر العلة، وقرب مأخذها، مما ينتفي في إدراكها غير الوسائط اللغوية، أي: أن العلة مفهومة من المنطوق، وليست مستنبطة عن طريق الاجتهاد، وما يثبت بدلالة النص ثابت بشرع الله يقيناً، فكيف يقال: إنه لا يقاس على مثل هذا[١]؟

٣ ـ على أن ما ثبت على خلاف القياس، إذا كان ممكناً إدراك علته، جاز القياس عليه، على الراجح؛ لأن الأصل في النصوص التعليل، كما قدمنا، سواء أكان الحكم على مقتضى القياس، أم مستثنى؛ إذ العلة مبنى الحكم، فحيثما تحققت، اقتضت الحكم شرعاً، تحقيقاً لإرادة الشارع، ولأن أدلة حجية القياس تشمله.

٤ ـ يؤيد هذا اجتهاد الصحابة، ومن بعدهم، في تشريع العقوبة المالية، باعتماد أقضية الرسول ﷺ أصولاً تشريعية ـ كما رأيت ـ وقد نص على ذلك الإمام الشاطبي بقوله: «على أن أبا الحسن اللخمي، قد وضع له «لتأديب الغاش بالمال» أصلاً شرعيًّا، وذلك، أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ أمر بإكفاء القدور التي أُغليت بلحوم الحُمُر...[٢] وحديث العتق بالمُثْلة»[٣].

فموقف الفقهاء من هذه الأقضية والاجتهادات، يدل على أنهم لم يعتبروها «قضايا معينة» واردة على خلاف القياس[٤]، بل أصولاً شرعية بيِّنة العلة، يبنى عليها غيرها

(١) «أصول التشريع»: بحث: دلالة النص ص٣٥١ وما يليها، للمؤلف.

(٢) «الاعتصام»: (٢/ ١٢٤).

(٣) أي: من ضرب عبده حتى أحدث فيه تشويهاً، أو مُثلة، فجزاء هذه الجناية أنه يعتق عليه جبراً، بحكم الشرع، ويصبح حرًّا، دون رضا مالكه، فقد أهدر الشارع ماليته، وهو من باب التغريم بالمال على معصية المُثْلة؛ لأن العبد قبل العتق مال، وبالعتق تسقط صفة المالية، وتهدر، ويعود إلى الأصل، وهو الحرية والإنسانية، والحر ليس بمال.

(٤) مما يدل على أن الفقهاء اعتمدوا تلك الأقضية أصولاً شرعية يبنى عليها غيرها مما هو في معناها، قول ابن القيم: «من ذلك تحريق رسول الله ﷺ أمكنة المعصية، وهدمه لها، كما فعل في مسجد الضرار. =

مما هو في معناها إذا تماثلت الظروف، واقتضت ذلك «المصلحة العامة» و«حقُّ الشرع» بل قد رأينا الإمام الشاطبي قد استخلص من كل أولئك أصلاً معنويًا عامًا يشهد للمصلحة ـ مبنى هذه العقوبة ـ بالملاءمة والاعتبار، كما قدمنا[١].

هذه «المصلحة» هي التي تجب حمايتها، بترتيب الحكم المناسب عليها، إذا تحققت الملاءَمة، وغلب على الظن إفضاؤه إلى مقصد الشرع، ولا يجوز إهمالها، كما يقول الإمام المحقق العز بن عبد السلام، ولو لم يرد بها نص خاص ولا قياس خاص، ولا انعقد عليها إجماع؛ لأن فهم نفس الشرع يوجب ذلك[٢]، ونفس الشرع هو العدل والمصلحة، ولما في اطِّراحها من تفويت لمقصد الشارع في حماية الدين والدنيا، بجلب المصالح، ودرء الأضرار، فكيف وقد ورد لها في السنة نظائر قولاً وقضاءً، وانعقد على أصل مشروعيتها إجماع الصحابة في اجتهاداتهم وأقضيتهم، دون نكير؟؟

ومن ثَمَّ، فلا وجه لمنع اعتبارها، ما دامت مستجمعة شرائِطَه، حتى عند الإمام الغزالي نفسه[٣]؛ إذ لم يشترط في «المصلحة» إلا «الملاءمة» وكونها من الضروريات أو الحاجيات، وما نحن فيه كذلك[٤].

وإذا كانت هذه «المصلحة» على «وَضْع المشروعات» فإن دعوى امتداد أيدي الظَّلَمة من الحكام إلى أخذ حصيلة الغرامات المالية لأنفسهم، لا ينقض أصل مشروعيتها الثابت ابتداءً بالفقه العام، بل توجب هذه الحال تشريع أحكام اجتهادية

= وكل مكان هذا شأنه فواجب على الإمام تعطيله، إما بهدم أو تحريق، وإما بتغيير صورته وإخراجه عما وضع له.. وكذلك محالُّ المعاصي والفسوق، كالحانات...». «زاد المعاد»: (٣/ ٥٠٠).

(١) المرجع السابق.

(٢) «قواعد الأحكام»: (٢/ ١٦٠).

(٣) «شفاء الغليل» ص٨١١ وما يليها، و«المنخول»: ورقة ٨١ وما يليها، و«المستصفى»: (١/ ٣٠٧).

(٤) لأن دفع أو إزالة آثار الإجرام والجنايات عن الأمة، من الضرر اللاحق بالأموال، والأنفس، والأعراض، وترويع الآمنين، والخروج على نظام الدولة، من المصالح الضرورية أو الحاجية، بلا ريب.

موقوتة، فقهاً أو إفتاءً، مستمدة من قواعد سياسة التشريع، لسد الذريعة، ولكنها ليست أحكاماً أصلية، بل تزول بزوال الظروف التي استوجبتها ـ كما يقول الإمام ابن الأخوَّة ـ وتعود بعودها[(١)]؛ لأنها إنما شرعت لهذا العارض الموقوت، كما أشرنا، وهذا من باب المناط الخاص، لا العام، وبحثنا في هذا الأخير لا الأول.

على أن المجيزين، اشترطوا ـ احتياطاً وبوجه عام ـ أن لا يترتب على تطبيق أي حكم اجتهادي اقتضته المصلحة «تفويت مصلحة أكبر، أو حصول ضرر أشد» فلا وجه لهذا التخوُّف، فإذا توقع الإمام ذلك، انخرمت[(٢)] (بطلت) ملاءَمة هذه المصلحة لسَنَن المشرع، فانهارت حجيتها لذلك، فلا يترتب عليها بالتالي حكم التغريم بالمال، لعلة ذلك المآل. هذا، وقد نوهنا أكثر من مرة أنه يجب التفريق بين أحكام الفقه العام الثابت، وبين أحكام اقتضتها سياسة التشريع، في مناطاتها الخاصة، لعوارض موقوتة[(٣)].

ومعيار «الملاءمة» في قبول «المصلحة المرسلة» ورفضها، شرط أساسي لحجيتها في أصول الإمام الغزالي نفسه[(٤)]، حتى لا تكون «المصلحة» أصلاً مستقلًا عن الكتاب والسنة والإجماع، بل راجعة إليها، محافظة على مقصود الشرع، إذ يقول: «وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع، فلا وجه للخلاف في اتباعها، بل يجب القطع بكونها حجة، وحيث ذكرنا خلافاً، فذلك عند تعارض مصلحتين، ومقصودين، وعند ذلك يجب ترجيح الأقوى»[(٥)].

---

(١) «معالم القربة» ص٢٨٤ وما يليها.

(٢) «مسلم الثبوت»: (٢/ ٢٦٤) «هل تنخرم مناسبة الوصف ـ العلة أو المصلحة ـ بمفسدة تلزم، مساوية أو راجحة؟». وراجع أيضاً: «نظرية التعسف في استعمال الحق» للمؤلف ص٤٧١. [ط. الرسالة ٢٠٠٨]، وهذا البحث يتعلق بالفعل أو التطبيق لحكم، إذا نتج عنه مآلان متعارضان أثراً للظروف والعوارض.

(٣) راجع بحث: تحقيق المناط العام، والمناط الخاص: (١/ ١٢١ ـ ١٢٢).

(٤) وقد اشترطه الإمام الغزالي نفسه، فضلاً عن سائر الأصوليين، فلا داعي إذن إلى القول بمنع مشروعية العقوبة المالية، مع هذا التحفظ. «المستصفى»: (١/ ٣٠٧)، و«مسلم الثبوت»: (٢/ ٢٦٤).

(٥) «شفاء الغليل» ص١٨٤، و«نظرية المصلحة» للدكتور حسان ص٤٥١. هذا، وقد قلنا: إن «الملاءمة» =

وما نحن فيه كذلك؛ لأن «المصلحة» التي اتخذها الصحابة وجمهور الفقهاء أساساً للتغريم بالمال، قد ثبتت ملاءمتها لتصرفات الشارع في أقضيته وأقواله ﷺ، وأن العمل بها، كان ترجيحاً لأقوى الدليلين؛ لأنه من باب تعارض المصالح، بين الخاصة والعامة، فأُخِذَ بالأقوى، تقديماً للمصلحة العامة، وهو عين ما اتجه إليه الإمام الشاطبي في قوله: إن هذا من باب «الحكم على الخاصة من أجل العامة»[١].

مقارنة بين اتجاه الإمام الغزالي، واتجاه الإمام مالك، من حجية المصلحة:

إن موقف الإمام الغزالي من حجية «المصلحة» هنا على النقيض من موقف الإمام مالك، ومنشأ الخلاف بينهما، هو أن امتناع الصحابة عن القضاء بمقتضاها على الرغم من وقوعها، يعتبر ـ في اجتهاد الإمام الغزالي ـ إجماعاً[٢] على عدم مشروعيَتها، خلافاً للإمام مالك.

هذا هو منشأ الخلاف الذي تفرع عنه تناقض اتجاه الإمامين من مشروعية العقوبة بالمال، والراجح هو ما اتجه إليه الإمام مالك، من اعتبار كونها حجة، كما أشرنا، لما يأتي:

أولاً ـ أن هذا النوع من الإجماع الذي ادعاه الإمام الغزالي، ليس له مدلول في علم الأصول، فضلاً عما يلزم من اعتباره من سد باب الاجتهاد في كثير من القضايا التي تقوم على هذا الأساس، وفي ذلك مفسدة عظمى، بلا مراء.

ثانياً ـ أن الإمام الغزالي يستمسك بالأصل المعنوي العام الذي يقضي بالأخذ

= معناها أن تكون المصلحة من جنس ما اعتبره الشارع في التشريع، وأن يكون ترتيب الحكم عليها على وفق تصرفاته فيه.

(١) «الاعتصام»: (٢/ ١١٣ وما يليها).
«المنخول»: ورقة ٨١، و«شفاء الغليل»: ص١٨٤.

(٢) يقول الإمام الغزالي في هذا الصدد: «فإن قيل: ما الفرق بين مذهبكم، وبين مذهب مالك في المصلحة، حيث انتهى الأمر في اتباع المصالح إلى القتل في النفوس، والضرب لمجرد التُّهَم، وقتل ثلث الأمة لإصلاح ثلثيها، ومصادرة أموال الأغنياء عند المصلحة، وكل مصلحة يُعلم على القطع وقوعها في زمن الصحابة، وامتناعهم عن القضاء بموجبها، فهي متروكة». «المنخول»: ورقة ٨١.

بأهون الشرين، عند تعارض المصالح[١]، والحكم على الخاصة من أجل العامة، كما يقول الإمام الشاطبي[٢]، من مشمولاته، وهذا يقضي باستثناء المصلحة الخاصة من العمومات التي تندرج تحت حكمها، وإعطائها ما تقضي به المصلحة العامة من حكم يوجب حمايتها، ويزيل الضرر العام عن الأمة، أثراً لمعصية الجاني.

وما نحن فيه كذلك، أي: من باب تعارض المصالح؛ إذ معاقبة الجاني ماليًّا ضررٌ أو شرٌّ في حقه بلا ريب، وعدم معاقبته ضررٌ أو شرٌّ في حق المجتمع، لإخلال أثر معصية الجاني بأمنه، ونظامه، ومصونية الأموال والأنفس، فقد تعارض ضرران أو شران، كما ترى، فيؤخذ بأخفِّهما أو أهونهما، وهو معاقبة الجاني، استثناءً أو تخصيصاً من النص العام: «لا ضرر ولا ضرار»[٣] وغيره من النصوص العامة، دفعاً لأثر ضرر الجاني عن المجتمع، كما قلنا. فكون الإمام الغزالي يمنع العمل بمقتضى هذا الأصل المقطوع به، والذي يقول هو به، يُشبه أن يكون في اتجاهه هذا شيء من التناقض الذي خالفه الإمام مالك، والإمام الشاطبي، كما رأيت.

ولعل هذا، هو مُدْرَك الإمام الشاطبي في اتجاهه إلى قياس أخذ المال عقوبةً على أخذ المال من الأغنياء إنفاقاً أو ضريبة[٤]، لسد حاجة الجند، عند خُلُوِّ بيت المال.

إذن ترتيب الحكم على ما تقتضيه المصلحة العامة تصرف ملائم للأصول العامة، كما ترى، وجارٍ على سنن الشارع، ولا غرابة فيه، ولا ابتداع؛ لأن تقديمها ورعايتها، مقصد شرعي قطعي، إزالة للضرر العام، فهي مصلحة تحفظ مقصود الشرع.

---

(١) «المستصفى»: (١/ ٣٠٤).

(٢) «الاعتصام» ص١١٣ وما يليها.

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

(٤) إيجاب الإنفاق على الأغنياء لحاجة الجند إذا خلا بيت المال، أمرٌ لا خلاف فيه بين الإمام الغزالي، والإمام مالك، والشاطبي، وإنما الخلاف في أخذ المال عقوبة. «شفاء الغليل»: ص٢٤٣ وما يليها، و«الاعتصام» ص١١٢ وما يليها.

هذا، ولا يشترط الإمام الغزالي في حجية هذا الأصل، إلّا أن يكون ما يفضي إليه تطبيقه من مصلحة يربو على ما فيه من مضرة، بقوله: «ما لم تكن في إزالة هذا الضرر فوات[١] مصلحة أهم، أو حصول ضرر أكبر[٢]» كما أشرنا، ولكنه لم يطبق هذا الأصل في هذه المسألة، على الرغم من تحقق مناطه وشروطه فيها.

ثالثاً ـ يُخصِّص الإمام الغزالي العمومات «بالمصلحة الملائمة»، ومقتضى هذا أن تجوز العقوبة المالية تخصيصاً، إذ يقول: «لا يُقالُ عن هذه المصلحة ـ أي: الملائمة ـ: تعارض النص، فهذا لو قضينا به، فحاصله: استعمال مصلحة في تخصيص عموم، وذلك لا ينكره أحد»[٣].

لكن الإمام الغزالي ﷺ قد أنكره على الرغم من تحقق شروط هذه المصلحة عنده كما يلي:

أ ـ أنها عامة حقيقية، لا موهومة.

ب ـ أنها تجلب نفعاً أكبر مما ينشأ عن توقيعها من ضرر، غالباً، لاشتراطه المثلية والمناسبة، ومراعاة الظروف.

ج ـ أن تتعين، بحيث لا يقوم غيرها مقامها إلّا بشطط، أو مجافاة العدل، أو ارتكاب ضرر أشد[٤].

د ـ ملاءمتها لتصرفات الشارع، بأن كانت على وفق طرائق العقوبات المالية التي قضى بها الرسول ﷺ وخلفاؤه من بعده، ولم يكن ثمة من جهة الشرع ما يلغيها بعينها، بنص خاص بها يصادمها.

خامساً ـ أن يكون الإمام عدلاً.

إذن، تعارُضُ المصلحة المرسلة مع نص عام، لا يلغيها، بل ـ كما يقول الإمام

---

(١) ضياع.

(٢) «المستصفى»: (١/ ٢٠٤ وما يليها).

(٣) «المستصفى»: (١/ ٢٩٨ ـ ٣٠٤).

(٤) «القواعد» لابن رجب: (٢/ ٧٥).

الغزالي ـ تعتبر مخصصة لعمومه، بالقدر الذي تعارضا فيه، فتحكم هي عليه بالتخصيص، ولا يحكم هو عليها بالإلغاء، على ما هو مقرر أصوليًّا، توفيقاً بينهما، والإمام الغزالي ﷺ قد قرر أن هذا لا ينكره أحد، ولكنه هو نفسه قد أنكره في هذه المسألة، كما أسلفنا.

على أن المجيزين ـ كما تعلم ـ لم تكن عمدتهم في مشروعية عقوبة المال، هذه المصلحة المرسلة وحدها، على الرغم من قوة حجيتها، بل كانت من جملة عناصر أدلتهم، كالسنة، وآثار الصحابة المستفيضة، واجتهادات كثير من الأصوليين والفقهاء، فتأكدت بذلك موافقتها لتصرفات الشارع، فما وجه قول الإمام الغزالي بعد ذلك: «فأما أخذ المال المستخلص للرجل، عقاباً على جناية ـ شرع الشرع فيها عقوبات سوى أخذ المال ـ فهو مصلحة غريبة لا تلائم قواعد الشرع»[١].

وأيضاً، ألا ترى إلى «الكفَّارات» في خصالها المالية، لا تعدو كونَها عقوباتٍ ماليةً، مقصود الشرع منها «الزجر على الراجح»، يقول الإمام الشاطبي: «الكفارة مقصود الشرع منها الزجر»[٢]، فإذا ثبت أن قصد الشرع بالتغريم بالمال كفارةً الزجر، فما الفرق حينئذ بين ثبوت الزجر بالكفارة، وبين ثبوته بعقوبة مالية اجتهادية، ما دام المقصد الشرعي واحداً؟ والشارع فوض ولي الأمر في عقوبات التعزير؟ نعم! الكفارة تعبدية في مقدارها، لا في أصل مشروعيتها، بمعنى أنْ لا مدخل للعقل في إدراك مقدار العقوبة، لا في إدراك أصلها، وحكمة مشروعيتها، فالعلة واضحة، وإلّا فكيف فهم الأصوليون والفقهاء أن مقصود الشرع من التغريم بالمال كفارةً هو الزجر؟ وهو مقصود الشرع إلّا حكمة التشريع، والمصلحة التي بني على أساسها الحكم، لتكون بعد التنفيذ غاية له؟

وأيضاً، الكفارة ـ في خصلتها المالية ـ عقوبة مقدرة بنص، وعلى معصية معينة بالنص أيضاً، وليس كذلك الغرامة المالية، فهي ليست مقدرة شرعاً، ولا عيَّن الشارع

---

(١) «شفاء الغليل» ص٢٤٤.

(٢) «الاعتصام»: (٢/ ١١٣)، و«الهداية»: (١/ ١١٢ وما يليها).

غرامة لكل معصية بعينها، بل فوض ذلك كله لتقدير الإمام، على ضوء من المصلحة الملائمة، وهو ما اتجه إليه الإمام مالك، وأبو يوسف، والشاطبي، وابن الأخوَّة، ومتأخرو الحنابلة، والزيدية، وغيرهم.

إذن، التغريم بالمال ثابت أصل تشريعه في القرآن الكريم، فضلاً عن السنة، وإجماع الصحابة، فليثبت هذا القدر، فيما فوض الشارع للإمام من العقوبات نوعاً ومقداراً، جرياً على هذا السَّنَن في التشريع، فلا غرابة ـ كما يظن الإمام الغزالي ـ ولا ابتداع.

وفي هذا المعنى يقول ابن الأخوَّة: «فإن قلت: هل للسلطان زَجْرُ الناس عن المعاصي، بإتلاف أموالهم . . . التي يتوصلون إلى المعاصي بها؟ فاعلم أن ذلك ـ لورود الشرع به ـ لم يكن خارجاً عن سَنَنِ المصالح»[١].

لا يجيز الإمام الغزالي قياس أخذ المال عقوبةً، على أخذ المال إنفاقاً من الأغنياء على الجند لسد حاجتهم، إذا خلا بيت المال:

ويتجه عليه في هذا أن الأصل المعنوي العام ينتظم الحالين، لتحقق مناطه فيهما، كما يقول الإمام الشاطبي[٢]، وهو أصل مقطوع به، ومؤداه «قضاء العامة على الخاصة» كما أشرنا، فقد اتحد الحالان في جنس المصلحة، وهو المصلحة العامة، فاقتضى ذلك جنس الحكم، وهو مطلق الأخذ بنوعيه:

---

(١) «معالم القربة» ص٢٨٤. هذا، وإذا جاز الإتلاف، جاز التغريم والمصادرة من باب أولى؛ لأن المصادرة أنفع للأمة.

(٢) ويقول الإمام الشاطبي في تطبيق أصل قضاء المصلحة العامة على الخاصة، التي تندرج تحت قاعدة الأخذ بأهون الشرين ما نصه: «إنا إذا قررنا إماماً مطاعاً مفتقراً إلى تكثير الجنود، لسد الثغور، وحماية الملك المتسع الأقطار، وخلا بيت المال، وارتفعت حاجات الجند إلى ما لا يكفيهم، فللإمام ـ إذا كان عدلاً ـ أن يوظف (يفرض) على الأغنياء ما يراه كافياً لهم في الحال، إلى أن يظهر مال بيت المال، ثم إليه النظر في توظيف ذلك على الغلات والثمار، وغير ذلك. . فإنه لو لم يفعل ذلك بطلت شوكة الإمام، وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار». «الاعتصام»: (١٢/٢).

١ ـ الأخذ إنفاقاً.

٢ ـ الأخذ عقوبةً.

وتأثير جنس المصلحة في جنس الحكم، معتبر عند جمهور الأصوليين، حتى عند الحنفية، فثبتت الملاءمة لهذه المصلحة، وهو ما يسميه الشافعية «قياس القواعد».

على أن تعليل الإمام الغزالي لدعواه، بأن ذلك قياس مع الفارق، لا يسعفه في نفي مشروعية أصل العقوبة المالية، بل يؤكدها، إذ يقول: «فإن الأموال مأخوذة بطريق إيجاب الإنفاق منهم على جند الإسلام، لحماية الدين والدنيا»[1].

وهذه العلة عينها تقتضي مشروعية أخذ الأموال عقوبةً، لحماية الدين والدنيا، كذلك، أي: بطريق العقاب، لا بطريق الإنفاق العام، وقد وجد له في الشرع والفقه نظائر.

ألا ترى إلى كثير من الفقهاء، كيف أجازوا مصادرة أموال المرتد؟ وأموال البغاة؟ لجناية الأول على النظام الإسلامي، كله، عقيدة وشريعة، وخروج البغاة على الإمام العادل، على تفصيل في المذاهب الفقهية.

والعلة في الأول جناية الارتداد، والعياذ بالله.

والعلة في الثاني معصية البغي، والخروج على الإمام العادل، مع بقائهم على الإسلام، على الرغم من أن إسلامهم يوجب عصمتهم!

والعقوبة المالية، إنما شرعت ـ في الحالين ـ لحماية الدين والدنيا؟!

فالعلة في إيجاب المال على الأغنياء للإنفاق العام، ـ في اجتهاد الغزالي ـ هي بعينها علة مشروعية العقوبة بالمال!

ألا ترى أيضاً إلى حرمان «القاتل من الميراث» الثابت بالسنة، وحرمانه من الوصية الثابت بالاجتهاد قياساً، وحرمان الزوجة التي قتلت زوجها قبل الدخول من مهرها الثابت بعقد الزواج، يجمعها كلها حرمان من حق مالي، أو غرامة مالية ثابتة بالشرع والاجتهاد، لحماية الدين والدنيا.

---

(١) «شفاء الغليل» ص٢٤٣.

هذا، وقد نص فقهاء الزيدية أيضاً على أن «للإمام، أو غيره من أهل الولاية، المعاقبة بأخذ المال، وأنه يُصْرَف في المصالح، وله المعاقبة بإفساده»[1] كما أسلفنا، وغيرهم من الفقهاء الذين ذهبوا مذهبهم.

وأما قوله ﷺ: إنَّ مسالك الإنفاق مقيدة بالشرع، بخلاف مسالك عقوبة المال، فيجاب عنه بأن هذه المسالك تأيدت بطرائق أقضية الرسول ﷺ وخلفائه، وصحابته من بعده، واجتهادات كثير من الأصوليين، والفقهاء، من مختلف المذاهب، كما تأيدت ـ أصوليًا ـ بالمصلحة الملائمة التي يعترف بحجيتها الإمام نفسه، والمتعلقة بحق الشرع «مصلحة الأمة» وبالأصول المعنوية فيه، كما فصلنا.

مشاطرة الخليفة عمر ﷺ ولاته أموالهم التي امتلكوها بسلطان الولاية ونفوذها، إنما على سبيل العقوبة المالية، لا على سبيل محض الاسترجاع والتعويض المالي:

يتجه على الإمام الغزالي ﷺ في تأويله لصنيع عمر في مشاطرة ولاته أموالهم، بأن ذلك إنما كان على سبيل الاسترجاع، أو رد الغصوب، (التعويض المدني) لا على سبيل العقاب، أقول: يتجه عليه أنه تأويل بعيد، فضلاً عن أنه لا يستند إلى دليل يسوغ هذا التأويل.

ذلك، لأن معنى العقوبة في صنيعه متحقق، بدليل أخذه فردة نعل خالد، وشطر عمامته، كما رأيت، حتى غدا برجل حافية، وكان ذلك على مرأى من الجيش، والتعويض المالي، أو الاسترجاع، أو ردّ الغصوب، لا يقتضي أن يكون على هذا الوجه من التنكيل.

ثم إن هذا الاسترجاع كان على خلاف قواعد الشرع التي تقضي برد المغصوب عيناً، إن كان قائماً، وهل كانت فردة نعل خالد بن الوليد وشطر عمامته مغصوبين على وجه اليقين، حتى يستردهما؟؟

---

(١) «التاج المذهب»: (٤/٤٤٦ ـ ٤٤٧)، وإذا جاز أخذ المال وإفساده بإطلاق، جازت مصادرته والتصرف فيه لمصلحة المسلمين؛ لأن المصادرة خير من الإتلاف، ولأن الإتلاف منهي عنه بالنص؛ لأنه تضييع للمال، وإنما أجازوه هنا للإغاظة والتنكيل، استثناء من عموم النص المحرِّم.

هذا ضرب من سياسة التشريع في العقاب، بلا مراء.

ومعنى العقوبة يظهر ويتأكد ويغلب؛ إذ تم هذا الاسترجاع على مرأى من الجيش، فلا عبرة إذن بتأويل الإمام الغزالي أمام هذه الوقائع التاريخية، انتصاراً لرأي ارتآه، وكل تأويل لا يستند إلى دليل يؤيده فهو بعيد[١].

شرط تعيُّن العقوبة المالية:

وأما قول الإمام الغزالي: «وليست المصلحة فيه[٢] مُتَعَيِّنة» فيتجه عليه أن المصلحة في التغريم قد تتعين في كثير من الظروف، إذا حصل مقصود الشرع بها، دون اشتطاط إلى ما هو أشدّ، كالعقوبات البدنية، أو الحبس، أو القتل، والشطط في العقاب محرَّم.

على أن «العقوبة البدنية» قد لا تكون مناسبة في بعض الظروف، فلا يتحقق مقصود الشرع من توقيعها في غالب ظن المجتهد، بأن كان الجاني شحيحاً مثلاً، على الرغم من وفرة المال لديه، فإن العقوبة المالية بالنسبة إلى مثله أردع، بخلاف ما إذا كان مسرفاً مبذراً، فإن عقوبة الحبس ربما تكون أنسب لحاله، من حيث مدى قوة الردع فيه، ولهذا كان التعزير في الشرع عقوبةً تفويضية، مراعاة لاختلاف الظروف الشخصية، والعامة، والمكانية، والزمانية، يتخيَّر الإمام من أنواعها ومقدارها ما تقتضيه المصلحة المعتبرة.

ولا ريب أن حال الجناة ـ في الواقع ـ يختلف باختلاف المنزلة الاجتماعية، والسنّ، والثروة، والفقر، والمهنة، وهذا يستلزم تنوع العقوبات بداهةً[٣]، فقد تتعين عقوبة «الحبس» مثلاً بالنسبة للتاجر الغني، لكونه أردع له من مجرد الغرامة المالية،

(١) راجع بحث التأويل: حقيقته، وأساسه، ومجاله، وشروطه، «المناهج الأصولية» ص١٣١ وما يليها للمؤلف. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٢) وقوله: «فيه»، الضمير راجع إلى التغريم بالمال، أو تنقيص الملك على حد تعبيره. «شفاء الغليل» ص٢٤٣.

(٣) «الهداية»: (٢/ ١١٦ ـ ١١٧).

لما فيه من إعدام نشاطه الاقتصادي، وقطعه عن عملائه، وقد يرى الإمام الجمع بين نوعين في العقوبة، إذا اقتضت المصلحة ذلك، كما فعل الرسول ﷺ في سرقة ما لا قطع فيه، تبعاً للظروف، وتحقيقاً لمقصود الشرع في الردع، فليس غرض الشارع إذن «حَصْر» العقوبات في نوع معين، وتطبيقها كيفما اتفق، بل لا بد من دراسة كلِّ موقف بظروفه، تحقيقاً للمناسبة والمثلية، ومقصود الشرع في العقاب.

وإذاً، لاحظنا أن «العقوبة» ـ أيًّا كان نوعها ـ ضرر محض، فلا يجوز توقيعها، نوعاً وقدراً، إلّا على الوجه الذي يحقق المصلحة والعدل، وإلّا كان الضرر بدون مسوِّغ شرعي، وهو محرم قطعاً؛ إذ الأصل في العقوبة التحريم، حتى ينشأ سبب شرعي يسوِّغها، ويعيِّن نوعها، ومقدارها، تخفيفاً أو تغليظاً، ولا يصار إلى الأشدّ عند حصول المقصود بالأخف، وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن رجب الحنبلي ما نصُّه:

«ومهما حصل التأديب بالأخف، من الأفعال والأقوال[١]، والحبس والاعتقال، لم يُعْدَلِ عنه إلى الأغلظ؛ إذ هو مفسدة لا فائدة فيه، لحصول الغرض بما دونه»[٢].

فقول الإمام الغزالي رضي الله عنه: «وليست المصلحة فيه[٣] متعيِّنة» هكذا بإطلاق، ينافي مقتضى المصلحة والعدل في بعض الأحوال التي تقتضي التخفيف، والعدول عن العقوبة البدنية إلى المالية، منعاً للشطط في العقاب، دون ضرورة، وإلّا فما وجه أقضية الرسول ﷺ وأقضية خلفائه، وأصحابه من بعده، واجتهادات كثير من الأصوليين والفقهاء من المذاهب المختلفة؟؟

إذن، قد يتعين التغريم بالمال في بعض المعاصي، أو الأحوال، كيلا يصار إلى العقوبة الأغلظ دون مسوغ وهو مفسدة، كما يقول الإمام ابن رجب.

---

(١) وهذا بعمومه شامل للعقوبات البدنية، والأضرار المعنوية بالتوبيخ، والأحكام القضائية بالتغريم والمصادرة.

(٢) والمفسدة محرم التسبب فيها، وإذا حصل الغرض بالأخف، كان الأغلظ شططاً في العقاب. «القواعد»: (٢/ ٧٥).

(٣) في التغريم بالمال.

قياس المانعين الزكاة على الصلاة والصوم، بجامع أن كلًّا منها عبادة، لا تجب العقوبة المالية بالامتناع عن أدائها:

حجتهم في هذا القياس داحضة[١]؛ إذ من المقرر أصوليًّا، أن «لا قياس في مورد النص» والزكاة قد ورد نص عقابيٌّ في خصوص الامتناع عن أدائها، من قضاء الرسول ﷺ فلا وجه لاستنباط حكمه عن طريق القياس؛ إذ لا قياس مع النص[٢].

سلمنا جدلاً أن الزكاة لم يرد في خصوص الامتناع عن أدائها عقوبة مالية، بنص شرعي، لكنه قياس مع الفارق؛ لأن الزكاة عبادة فيها معنى المؤنة، (ضريبة مالية) وليس كذلك الصلاة والصيام؛ لأن كلًّا منهما عبادة شخصية خالصة فافترقا.

وتأسيساً على هذا، فالممتنع عن أداء الزكاة قد منع حقًّا ماليًّا معلوماً واجب الأداء، فتعدى أثر هذه المعصية إلى مصارف الزكاة، ومرافق الدولة، لذا اعتبره الخلفاء، خروجاً على نظام الدولة، لا مجرد منع للحق عن مستحقه فحسب، يؤكد هذا، أن الزكاة حق الله[٣].

والامتناع عن أداء الواجب معصية توجب التعزير المناسب، ولذا رأى الشارع أن يُعامل الممتنع بالنقيض من قصده، وهو التغريم المالي، لشحِّ الممتنع وحرصه على المال؛ لأن امتناعه ينم عن ذلك.

على أن الصيام قد ورد فيه عقوبة مالية، ولكن مقدرة من قِبَل الشارع، وهي الكفارة في خَصْلتها المالية[٤]، على من تعمَّد هتك حرمته، إما بالوقاع في نهار

---

(١) باطلة.

(٢) إذ الحكم المستنبط عن طريق القياس، اجتهادي، يفيد الظن، ويحتمل الخطأ، بخلاف النص الصريح من المشرع نفسه، فحكم الله تعالى فيه بيِّن.

(٣) جاء في «الهداية» باب الزكاة: «. . . لما عرف أن الزكاة حق الله».

(٤) جاء في «الهداية»: «ولأن السبب جناية الإفساد، لا نفس الوقاع»، وجاء فيها أيضاً: «إن الكفارة تعلقت بجناية الإفطار في رمضان، فتكون عقوبة» وبدليل تنظيرها بكفارة الظِّهار، وهو معصية أيضاً، فكانت عقوبة لذلك، حيث يقول: «الكفارة مثل كفارة الظهار» (١/ ١٢٤ ـ ١٢٥)، فضلاً عن وجوب القضاء بعدد ما أفطر.

رمضان، أو بأيٍّ من الوقاع والإفطار فيه، على خلاف في المذاهب الفقهية[١]، فكيف يقال: إن الممتنع عن الصيام لا يغرَّم بالمال؟؟

وأما في معصية المجاهرة بالإفطار في رمضان، فتتميز عن معصية الإفطار نفسه، ولا مانع شرعاً من توقيع العقوبة التعزيرية عليها فضلاً عن كفارة الإفطار في نهار رمضان، حماية للدين وشعائره، ومنعاً من تحدِّي المؤمنين بالمجاهرة، وأذيَّتهم في شعورهم الديني، فقد تكون عقوبةً بدنية، أو بتقييد حريته بالحبس طوال الشهر المبارك، أو بتغريمه بالمال، ألا ترى أن الفقهاء قد أفْتَوا بتغريم من لا يحضر صلاة الجماعة، وأن الرسول ﷺ قد همَّ بتخريب بيوتهم؟ وكل ذلك تبعاً للمصلحة التي يقدرها الإمام العدل، وهي كلها عقوبات تَمُتُّ إلى التغريم بسبب.

يقول ابن تيمية في هذا الصدد: «ويُعاقَبُ تارك الصلاة، والزكاة، وحقوق الآدميين، حتى يؤدوها، فالتعزير في هذا الضرب (النوع) أشد منه في الضرب الأول[٢] ولهذا يجوز أن يُضرب هذا مرة بعد مرة، حتى يؤدي الصلاة الواجبة، أو يؤدي الواجب عليه»[٣].

وإذا جازت العقوبة البدنية، جاز التغريم بالمال، وتقدير ذلك مفوض إلى الإمام؛ لأن العصمة في النفس مقدمة على العصمة في المال، فإذا أُهدرت في الأولى، أُهدرت في الثانية من باب أولى، بسبب الجناية؛ لأن شأن المال أهون من النفس، شريطة أن تكون مناسبة مؤدية إلى تحقيق مقصود الشرع من الزجر.

---

(١) وقال الشافعي: لا تجب إلّا بالوقاع نهاراً في رمضان؛ لأن السبب هو خصوص الوقاع. المرجع السابق.

(٢) «السياسة الشرعية» ص١١٦.

(٣) «**ليُّ الواجد ظلم، يُحل عِرضه، وعقوبته**» أي: تسويف المدين الواجد القادر على الأداء ظلم يوجب معاقبته. أخرجه أبو داود: ٣٦٢٨، والنسائي: (٧/٣١٦)، وابن ماجه: ٢٤٢٧، وأحمد: ١٧٩٤٦، من حديث الشريد بن سويد، وإسناده محتمل للتحسين.

وقد بحث ابن تيمية هذا تحت عنوان: «العقوبة لتأدية حق واجب، وترك محرم في المستقبل». المرجع السابق.

امتناع الخليفة أبي بكر عن تغريم الممتنعين عن أداء الزكاة في عهده، اكتفاءً بمحاربتهم، لا يستلزم عدم مشروعية التغريم بالمال على معصية الامتناع عن أدائها:

وأما استدلال المانعين بعدم تغريم الخليفة أبي بكر للممتنعين عن أداء الزكاة[١]، مع قيام المصلحة، ووجود الداعية إلى ذلك، فيتجه عليهم أن المحاربة ضرب من العقوبة الأشد، لما فيها من القتل وسفك الدماء، وكان ذلك أمراً يقتضيه العصيان العام، وقد تمَّ بالحرب مقصود الشرع، حيث قضى على تمردهم، وأجاءهم[٢] إلى حظيرة الإسلام، وأدَّوها كَرْهاً، فكانت الحرب العامة ـ في اجتهاده بعد الاستشارة ـ طريقاً متعينةً وناجعة ومناسبة، من طرق العقاب للتمرد العام؛ إذ الامتناع لم يكن فرديًا، ولم ير ثمة داعياً إلى الجمع بين هذه العقوبة الأشد تغليظاً وبين التغريم بالمال، ما دام قد حصل المقصود؛ إذ لا يجوز الشطط في العقاب!

وأيضاً، هذه العقوبة تفويضية، تخييرية، فلا يستلزم شرعها إيجاب توقيعها على ولي الأمر، في كل حال من أحوال الامتناع، بل ذلك مرهون بما تقتضيه المصلحة، في كل حال على حدة، فتخيُّر أبي بكر ﷺ هذه الطريق الأشق من العقاب لا يدل على عدم مشروعية غيره؛ إذ الواجب تخييري، فضلاً عن أن مشروعية التغريم بالمال على الامتناع عن أداء الزكاة، ثابتة بالسنة[٣].

وأما قول المانعين بأنه لم يُنقل عن الصحابة أنهم غرَّموا بالمال الممتنع عن أداء الزكاة، فالجواب عن هذا أنه بعد عهد أبي بكر لم يُؤثر أن أحداً امتنع عن أدائها، لغلبة التقوى فيهم، بعد تمكُّن الإيمان من قلوبهم.

وأما استدلال المانعين بقصة الأعرابي الذي قال: «لا أزيد» فيجاب عنه أنه لا دليل فيه، ولا حجة؛ إذ لم يرد في القصة أن الأعرابي قد امتنع عن أداء الزكاة، وبحثنا في حكم الامتناع هذا، لا في الاستفسار عن أصول العبادات المفروضة، وأدائها، وما يرتب الشارع على ذلك من المثوبة، فالقصة في غير محل النزاع.

---

(١) «المغني»: (٢/٤٢٨).

(٢) ألجأهم.

(٣) «المجموع شرح المهذب»: (٥/٣٠١).

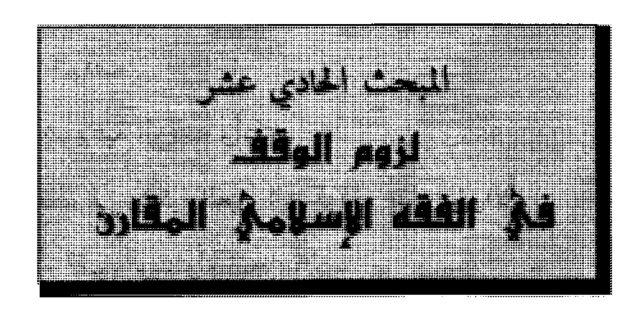
وبذلك يترجح لديك مشروعية التغريم بالمال، على بعض الجرائم والجنايات غير المقدرة[١]، إذا اقتضت ذلك المصلحة المعتبرة؛ لأن ذلك عُلم من مقصود الشرع، قبل النظر في الشواهد، كما يقول الإمام الشاطبي[٢]، شريطة أن يكون الإمام عَدْلاً، لِمَا ثبت أصله في القرآن الكريم، بإدراك حكمة تشريعه، وأقضية الرسول ﷺ وأقواله، وباستفاضة آثار الخلفاء والصحابة في أقضيتهم، واجتهادات كثير من الأصوليين والفقهاء في المذاهب المختلفة، وبالمعقول[٣]، حماية للدين والدنيا، والله ولي التوفيق.



(١) أي: غير المقدرة عقوبتها، نوعاً ومقداراً، من قبل الشارع، والمفوض أمر تقديرها والنظر فيها إلى ولي الأمر العادل، حسبما يراه من المصلحة في حماية الدين والدولة.

(٢) «الاعتصام»: (٢/ ١٢١ وما يليها).

(٣) من ذلك ما يقوله الإمام الشاطبي، بعد أن قرر ولي الأمر العدل، في توظيف أموال كافية على الأغنياء، لتكثير الجند، لسد الثغور، وحماية الملك المتسع الأقطار، وتوظيف ذلك أيضاً على الغلّات والثمار، على حسب ما يرى من المصلحة حتى لا يستولي الكفار على ديار المسلمين، يقول الإمام الشاطبي في دليله العقلي الذي فهمه من مقصود الشرع، قبل النظر في الشواهد الخاصة، ما نصه: «فإذا عورض (قورن) هذا الضرر العظيم (يعني استيلاء الكفار على ديار المسلمين) بالضرر اللاحق لهم (للأغنياء وأصحاب المزارع الشاسعة) بأخذ البعض من أموالهم، فلا يتمارى (لا يشك ولا يجادل) في ترجيح الثاني (أي: التوظيف والأخذ)، على الأول (على مصلحة الأغنياء وأصحاب المزارع والغلّات والثمار) وهو ما يعلم من مقصود الشرع، قبل النظر في الشواهد» أي: قبل النظر في الأدلة الخاصة. «الاعتصام»: (٢/ ١٢١).



تمهيد

لم يثبت «أصل مشروعية الوقف» بدليل خاص تفصيلي في القرآن الكريم، بل ثبت ذلك بالسنة القولية والفعلية المستفيضة، وبالإجماع العملي من قِبَل الصحابة ومن بعدهم ـ رضوان الله عليهم ـ تطبيقاً عمليًّا لمقتضى السنة.

غير أن القرآن الكريم، قد جاء فيه من الأصول العامة ما يؤيد مقتضى تلك الأدلة التفصيلية المتعلقة بأصل مشروعية الوقف، ويحث عليه ندباً، باعتباره نوعاً من «القُرُبات» لله تعالى، بل من أحسنها[1] وأجلِّها أثراً؛ إذ به تنشأ جهات البر العامة في المجتمع الإسلامي، وبتأبيده يدوم الانتفاع به، كالوقف على الفقراء ومن إليهم من ذوي الحاجة، أو من يمثلون الجانب المَهيض في هذا المجتمع، وهو مما انفرد به التشريع الإسلامي[2]، واختص به المسلمون.

على أن مسألة «لزوم الوقف» هذه يتعلق بها مسائل قَبْلية، لا بد من عرض آراء

---

(١) «الفواكه الدواني» للنفراوي المالكي: (٢/ ٢٢٤)، والوقف وإن عرفه بعض أهل الأديان الأخرى، لكنه لم يَحْظَ بالاجتهاد التشريعي التفصيلي على وجه يصون عين الوقف، ويحفظ كيانها، ويعمل على استثمارها، رعاية كاملة لحقوق الموقوف عليهم، واحتراماً في الوقت نفسه لإرادة الواقف في شروطه، ضمن حدود الشرع، ولا كان له من الشمول بحيث امتد رواقه على جميع وجوه البر في المجتمع حتى أنشئت له وزارات لرعاية شؤونه، على النحو الذي استقر عليه وضعه في الإسلام.

(٢) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (٤/ ٧٥).

العلماء في أحكامها ومناقشتها، والقطع فيها برأي راجح، توطئة لموضوعنا، على المنهج التالي:

أولاً ـ تعريف الوقف.

ثانياً ـ أصل مشروعية الوقف وأدلته.

ثالثاً ـ أثر الوقف في ملكية العين الموقوفة، بقاء وزوالاً.

رابعاً ـ لزوم الوقف، ويتناوله اتجاهان:

أ ـ اتجاه المانعين، وأدلتهم، ومناقشتها أصوليًّا.

ب ـ اتجاه القائلين به، وأدلتهم، ومناقشتها أصوليًّا.

ج ـ مناقشة أدلة الاتجاهين، أو النقد العام، والترجيح.

أولاً ـ تعريف الوقف:

لم تتفق كلمة الفقهاء على تعريفه، ومنشأ ذلك فيما نظن اختلافهم في تكييفه، وتصور حقيقته.

فالشافعية يرونه: «حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه، بقطع التصرف عن رقبته، على مصرف مباح موجود»[(١)].

وعلى هذا، فتكييف الوقف عند الشافعية أنه ضرب من التصرف الانفرادي النافذ اللازم، تخرج به عين معينة عن ملك المتصرف، لا إلى مالك خاص، ليرصدها على جهة برٍّ عامة، مُثْقَلَةً بحق تلك الجهة في الانتفاع الدائم بثمرتها وغلتها، مما استتبع المنع من التصرف في رقبة العين تمليكاً وتوثيقاً، من أيٍّ كان، ومن الانتقال بالإرث، حتى لا يَرِدَ عليها ملك خاص على التأبيد، بأي سبب كان، حالاً أو مآلاً، فكان أشبه بالعتق، من حيث إنه إسقاط للملك، وتصرف نافذ لازم.

وأما الحنفية، فتكييفه ـ في اجتهادهم ـ مختلف.

---

(١) «مغني المحتاج» للشربيني: (٢/ ٣٧٦)، و«حاشية الجمل على شرح المنهج»: (٣/ ٥٧٦)، و«نهاية المحتاج» للرملي: (٥/ ٣٥٥).

فبينا يرى الإمام أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه «حَبْسُ العين على ملك الواقف، والتصدق بمنفعتها[١]، وله الخيار في الرجوع عنه مع الكراهة، ولا يلزم إلّا إذا حكم بلزومه حاكم، أو علقه بالموت، كالوصية، أو كان مسجداً[٢]، نرى تكييفه عند صاحبيه على خلاف ذلك.

فتكييفه ـ في تصور الإمام أبي حنيفة واجتهاده ـ أنه بمنزلة[٣] العارِيَّة، إذا رصد على شخص أو أشخاص معينين، والعارِيَّة عقدٌ غير لازم، يجوز الرجوع فيه ونقضه من قِبَلِ المعير المالك في أي وقت شاء، والعين لا تخرج بهذا العقد عن ملك صاحبها».

هذا، والتصديق بمنفعة الوقف ليس واجباً عند الإمام في هذه الحال، لا ديانة ولا قضاء.

هذا، والإمام يكيف الوقف في حال أخرى أنه بمنزلة النذر، من حيث وجوب التصدق بالمنفعة ديانةً، لا قضاءً، على أنه نذر لا وقف، إذا كان على جهة بر عامة، مع بقاء العين على ملك الواقف، وما يترتب على هذا الملك من حرية الواقف في التصرف في رقبة الوقف حال حياته، كما تورث عنه ـ كسائر أملاكه ـ بعد وفاته.

أما عند الصاحبين، فتصويره يختلف؛ إذ هو ـ في اجتهادهما ـ كشأنه عند الشافعية: «حبس العين على حكم ملك الله تعالى، والتَّصدق بالمنفعة[٤] وجوباً، ديانةً

---

(١) «فتح القدير» للكمال بن الهمام: (٥/ ٣٧ ـ ٤٠).

(٢) المرجع السابق، و«البدائع» للكاساني (٦/ ٢١٨)، و«رد المحتار» (٤/)، هذا، ويتجه على الإمام أبي حنيفة، أنه ما دام لا أثر للوقف على ملكية العين الموقوفة، حيث تبقى على ملك الوقف، فلا داعي لأن يعرف الوقف بأنه: حبْس العين على ملك الواقف؛ لأنها باقية على ملكه قبل الوقف وبعده، إلّا أن يقال: إنه أريد التأكيد على بقائها على ملكه في مقابلة من ذهب إلى خروجها عن ملك الواقف أثراً للوقف.

«رد المحتار» لابن عابدين: (٤/ ٣٣٨).

(٣) وإنما قيل: بمنزلة العارية، لا العارية حقيقة؛ إذ لا تسليم في الوقف في اجتهاده، وأيضاً لو وقع تسليمه فليس من تسلمه ـ وهو الناظر ـ هو المنتفع كالمستعير، لذا قيل: إنه بمنزلة العارية. المراجع السابقة.

(٤) المراجع السابقة.

وقضاء، وهو لازم لا رجوع فيه، بل لا يملك أحد التصرف في رقبة العين الموقوفة، تمليكاً أو توثيقاً، ولا تنتقل بالإرث».

فاختلفت أحكام الوقف ـ كما ترى ـ تبعاً لاختلاف تكييفه في اجتهاد كل إمام.

علاقة تكييف الوقف عند الإمام وصاحبيه، بمسألة لزوم الوقف، موضوع البحث:

هذا، ويلاحظ أن لهذا التكييف علاقة ماسة بمسألة «لزوم الوقف وعدمه» في اجتهاد الإمام وصاحبيه، ذلك لأنهم يرون أن لبقاء العين الموقوفة على ملك الواقف، أو خروجها عنه، أثراً في لزوم الوقف وعدمه.

وبعبارة أخرى: إنهم يرون «تلازماً» بين بقاء الملك وعدم اللزوم.

وكذلك يرون «تلازماً» بين خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف، ولزوم الوقف.

ولذا، رأى الإمام[1] بقاء الملك، ليمنع عن الوقف صفة اللزوم، وأخذ يقيم الأدلة على ذلك، خلافاً لصاحبيه، حيث ذهبا إلى خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف، ليثبتا صفة اللزوم.

فكان التكييف عند أبي حنيفة أنه بمنزلة العارية، وعند صاحبيه أن الوقف كالعتق[2].

بينا لا يرى غيرهم ممن ذهب إلى بقاء العين على ملك الواقف ـ كالمالكية ـ هذا التلازم، طرداً وعكساً، ولذا لم يروا تنافياً بين بقاء ملك الواقف في العين، ولزوم الوقف.

والواقع أن «لزوم الوقف» عند أبي حنيفة ـ في الحالات الاستثنائية الثلاث ـ إنما

---

(١) وسنرى أن الإمام أبا حنيفة كان وكْده منصبًا على إثبات بقاء العين الموقوفة على ملك الواقف، فيما أتى به من أدلة، ذهاباً منه إلى أن ذلك يستلزم نفي صفة اللزوم عن الوقف، وستأتي المناقشة في ذلك.

(٢) وعند الإمام محمد، أنه كالصدقة من حيث وجوب التسليم، شرطاً لتمام الوقف. «فتح القدير» للكمال بن الهمام: (٥/ ٣٧ ـ ٤٠).

كان تخريجاً على أدلة وقواعد أخرى خارجية، وليس بناء على الوقف في ذاته مجرداً[١]، كما سيأتي.

وأما المالكية، فيعرفونه بأنه: «حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالغلة[١]، وجوباً، قضاءً وديانةً»[٢].

وعلى الرغم من بقاء الملك للواقف، فالوقف ـ في اجتهادهم ـ لازم، كالشافعية والحنابلة والحنفية، ما عدا أبا حنيفة وزفر.

وقد جاء في «الفواكه الدواني» فقه المالكية: «حكم الوقف اللزوم في الحال، إذا أنجزه، أو أطلق؛ لأنه يُحمل عند الإطلاق على التنجيز»[٣].

فحكم الوقف عند المالكية هو اللزوم، على النحو الذي رأينا عند الشافعية، وجمهور الحنفية[٤]، والحنابلة.

غير أن الفارق، أن للوقف أثراً على ملك العين الموقوفة، عند الجمهور، فينعقد الوقف مزيلاً هذا الملك، خلافاً للمالكية وأبي حنيفة وزفر.

---

(١) «المغني مع الشرح الكبير» لابن قدامة: (٦/ ١٨٥ وما بعدها)، ومصادر فقه الحنفية السابقة.

(٢) جاء في «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي»: (٤/ ٩٥) ما نصه: «الملك لرقبة الموقوف للواقف، لا الغلة من ثمر ولبن، فإنها للموقوف عليه» أي: حق له يطالب به قضاء. ثم قال: «وهذا في غير المساجد، وأما المساجد فقد ارتفع ملكه عنها قطعاً».

(٣) «شرح رسالة أبي زيد القيرواني»: (٢/ ٢٢٥).
وجاء فيها أيضاً: «ومن حبس من أهل التبرع داراً أو حائطاً (بستاناً)، أو حيواناً، أو غيرها من كل مملوك للمحبس، ولم يتعلق به حق لغيره، فهي قاصرة على ما جعلها المحبَّس عليه.. فلا يجوز بيعها، والانتفاع بها، ولا الرجوع فيها، لما قاله أئمتنا: إن حكم الوقف اللزوم...». وراجع أيضاً في هذا المعنى: «حاشية الدسوقي»: (٤/ ٩٥ وما يليها).

(٤) أشرت إلى أن الشافعية ومن معهم، يقيسون الوقف على العتق، من حيث أن كلًّا منهما إسقاط للملك، ويلزم بمجرد التلفظ بالعبارة المنشئة. وفي هذا القياس نظر، بينما رأى غيرهم قياسه على المسجد؛ إذ تزول ملكية أرضه عن الواقف، وهو لازم بالإجماع، وليس هنا مقام بحث صحة هذا القياس.
غير أن الإمام محمداً ـ رحمه الله ـ يرى أن الوقف يشبه الصدقة، ومن هنا اشترط التسليم، كما قدمنا.

غير أن المالكية لا يرون لبقاء الملك أو زواله أثراً على صفة اللزوم، نفياً وإثباتاً؛ إذ لا تلازم، خلافاً لأبي حنيفة، وصاحبيه، كما رأيت، حيث يعقدون تلازماً بين بقاء الملك وزواله من جهة، وعدم اللزوم، أو اللزوم من جهة أخرى، طرداً وعكساً.

ولذا رأينا الإمام أبا حنيفة يقيم الأدلة على بقاء الملك أو استمراره للواقف، لينفي عن الوقف صفة اللزوم.

بينا نرى الصاحبين يذهبان إلى خروج الوقف عن ملك الواقف، ليثبتا صفة اللزوم.

وأما الحنابلة فيعرفونه تعريفاً موجزاً، ولكنه جامع مانع، بقولهم: إنه ـ الوقف ـ «تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة»[1].

وكذلك الانتقال بالإرث، يوجب على الوقف الملكية الخاصة للورثة، وذلك ينقض الوقف ويبطله.

فقوام الوقف إذن عند الحنابلة هو «التحبيس» أي: المنع من التصرف تمليكاً، بعوض أو بدون عوض، أو توثيقاً بالرهن، أو من الانتقال بالإرث، وذلك أخذاً من قوله ﷺ **«حَبِّس الأصل، وسَبِّل المنفعة»**[2].

وفي رواية: **«حبس أصلها، وتصدق بمنفعتها، لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث»**[3].

فقوله ﷺ: «لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث» بيان لماهية التحبيس[4]، وجوهر معنى الوقف، وهذا يفيد اللزوم بلا ريب.

---

(١) «الشرح الكبير مع المغني»: (٦/ هامش ١٨٥)، للإمام شمس الدين بن قدامة المقدسي، وليس هو صاحب كتاب «المغني» موفق الدين بن قدامة.

(٢) أخرجه الشافعي في «مسنده»: (١/ ٣٠٨)، والدارقطني: (٤/ ١٩٣)، والبيهقي في «الكبرى»: (٦/ ١٦٢)، من حديث ابن عمر، بلفظ: «حبس الأصل، وسبل الثمرة».

(٣) أخرجه البخاري: ٢٧٣٧، ومسلم: ٤٢٢٤، وأحمد: ٤٦٠٨، من حديث ابن عمر.

(٤) «نيل الأوطار» للشوكاني: (٦/ ٢٦ وما يليها).

ويوضح صاحب «المغني» مصير ملك الموقوف بعد زواله عن الواقف، فيقول: «وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم، في ظاهر المذهب، قال أحمد: إذا وقف داره على ولد أخيه، صارت لهم، وهذا يدل على أنهم ملكوه»[١].

ولكنه لا يلبث أن يورد رواية أخرى عن الإمام أحمد، تفيد عدم انتقال ملك الموقوف إلى الموقوف عليهم، إذ يقول: «ويروى عن أحمد أنه ـ الموقوف ـ لا يملك[٢]، فإنَّ جماعة نقلوا عنه، فيمن وقف على ورثته في مرضه، يجوز؛ لأنه لا يباع، ولا يورث، ولا يصير ملكاً للورثة، وإنما ينتفعون بغلَّتها، وهذا يدل بظاهره، على أنهم لا يملكون»[٣].

المعاني التي اتفقت عليها هذه التعاريف:

١ ـ مشروعية الوقف بالنسبة لوجوب التصدق، بالرَّيع، أو المنفعة، ما دام الواقف حيًّا.

أما بالنسبة للجمهور فظاهر؛ لأن الوقف لازم في اجتهادهم، لا يجوز الرجوع فيه، والمنفعة حق للموقوف عليهم، يجب صرفها إليهم قضاءً، وديانةً[٤].

وأما عند أبي حنيفة[٥]، فيلزم الواقف التصدق بمنفعة الوقف، وغلَّتهِ ديانةً، لا قضاءً، ما دام حيًّا؛ لأنه كالنذر، إذا كان على جهة برّ عامة، كما قدمنا.

---

(١) «المغني مع الشرح الكبير»: (٦/ ١٨٩).

(٢) ملكية خاصة. هذا في رواية، ولكنه ليست ظاهر المذهب، كما تقدم، ويلاحظ أنه في الروايتين المتنافيتين عن الإمام أحمد، فيما يتعلق بانتقال ملك الموقوف، إلى الموقوف عليهم وعدمه، أن الموقوف عليهم هم من الذرية، فالوقف ذري لا خيري عام، وكيف يتأتى على رواية ظاهر المذهب أن ينتقل الملك إلى الموقوف عليهم في الوقف الخيري العام، وهم مجهولون لا يحصون؟؟

(٣) المرجع السابق ص١٩٠.

(٤) جاء في «المهذب»: «ويملك الموقوف عليه غلة الوقف، فإن كان الوقف شجرة، ملك ثمرتها، وتجب عليه زكاتها؛ لأنه يملكها ملكاً تامًّا، وإن كان حيواناً، ملك صوفه ولبنه؛ لأن ذلك من غلة الوقف وفوائده، فهو كالثمرة»، للشيرازي.

وبنحو هذا جاء في الفقه المالكي «الفواكه الدواني» للنفراوي: (٢/ ٢٢٤).

(٥) الواقع أن مصادر الفقه الحنفي قد ورد فيها ما يفيد أن أبا حنيفة ـ رحمه الله ـ يرى أن الوقف غير مشروع =

وتارة يراه كالعارِيَّة، ولا يوجب التصدق بالمنفعة لا ديانة ولا قضاء.

ومصادر الفقه الحنفي تفيد أن الأصح هو ما نقل عن أبي حنيفة، مما يفيد أن عدم الجواز إنما هو منصب على صفة اللزوم، لا على أصل الوقف[١].

٢ ـ زوال ملك الرقبة: إذا اتصل بالوقف حكم حاكم[٢] بلزومه، أو أضيف الوقف إلى ما بعد الموت؛ لأنه أُخْرِجَ مُخْرَجَ الوصية[٣]، والوصية بالمنفعة للفقراء مثلاً في معنى الوقف، فيلزم إذا مات مُصّراً عليه، ويأخذ أحكام الوصية، ويَزول ملك الرقبة إجماعاً، أو كان مسجداً أو سقاية، أو رباطاً، فيزول الملك ويلزم، بالإجماع.

واختلفوا بعد ذلك فيما يلي:

١ ـ زوال ملك الرقبة عن الواقف في غير الحالات الاستثنائية الثلاث (حكم الحاكم ـ والإضافة إلى ما بعد الموت ـ وكونه مسجداً أو رباطاً وما إليه).

فأبو حنيفة يرى أن الوقف ليس مزيلاً للملك، بل يبقى على ملك الواقف، وتبقى له مزاياه، من حرية التصرف في رقبة الوقف تمليكاً وتوثيقاً، وينتقل عنه بالإرث ـ كسائر أملاكه ـ إلى ورثته الشرعيين.

= أصلاً، على ما ورد في كتاب «الأصل»، للإمام محمد، غير أن صاحب «الهداية» وغيره قد ذهبوا إلى أن الأصح أن أبا حنيفة يقول بمشروعية أصل الوقف، وإن كان يرى عدم لزومه.

هذا، وقد بينا أن أبا حنيفة ـ رحمه الله ـ يرى أن الوقف بمنزلة العارية تارة، ويراه كالنذر تارة أخرى، فتتغير أحكامه بالنسبة لوجوب التصدق بالغلة تبعاً لهذا التكييف، وقد بينا أن لا تعارض، لاختلاف الجهة. «الهداية»: (٣/ ١١)، و«بدائع الصنائع»: (٦/ ٢١٨).

(١) «فتح القدير» للكمال بن الهمام: (٥/ ٣٧ وما يليها)، و«الهداية»: (٣/ ١١ وما يليها)، و«البدائع»: (٦/ ٢١٨)، و«رد المحتار»: (٤/ ٣٣٨). قال في «الهداية» (٣/ ١١): «وهو ـ الوقف ـ في الشرع عند أبي حنيفة: حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة، بمنزلة العارية، ثم قيل: المنفعة معدومة أصلاً عنده، وهو الملفوظ في «الأصل» أي: كتاب محمد رحمه الله»، و«فتح القدير»: (٥/ ٣٧)، و«رد المحتار»: (٤/ ٣٣٠).

(٢) لأنه فصل مجتهد فيه (مسألة اجتهادية اختلفت في حكمها وجهات نظر المجتهدين) ومن المقرر فقهاً أن حكم الحاكم يرجح أحد النظرين أو الأنظار، ويرفع النزاع، ويوجب الامتثال على من هم في ولايته.

(٣) إذا كان على جهة بر عامة كالفقراء؛ لأن الوصية بالمنافع للفقراء مثلاً في معنى الوقف.

وبقاء الملك للواقف وما يترتب عليه من مزايا ـ في اجتهاده ـ ينافي اللزوم.

فالوقف عقد[١] غير لازم، فيجوز التصرف فيه والرجوع عنه، ويورث، ولا أثر للوقف المجرد[٢]، فيبقى الموقوف كما كان قبل الوقف ملكاً، وخصائص، ومزايا، للواقف.

أما الجمهور: فقد اتفقت كلمتهم في تعاريفهم على أن الوقف «عقل لازم» شرعاً، فلا يرد عليه «الملك الخاص» أو الفردي، أيًّا كان طريق اكتسابه، تمليكاً أو إرثاً؛ لأنه بمجرد صدوره من الواقف، ينشأ مُثْقَلاً بحق الله تعالى من حيث وجوب التصدق بالمنفعة، حتى غدا ملكاً تامًّا للموقوف عليهم، تجب فيه الزكاة، كما قدمنا.

أما رقبة العين، فيزول الملك عنها في اجتهادات الشافعية والصاحبين من الحنفية، والحنابلة، خلافاً للمالكية[٣].

والواقع، أن الخلاف في زوال ملك الرقبة وعدمه، لا ثمرة له عند الشافعية والمالكية والحنابلة ما داموا يقولون باللزوم، ولا يعقدون تلازماً بين بقاء الملك، وعدم اللزوم، على النحو الذي رأينا عند الحنفية.

لذا، نخلص إلى أن الجمهور ـ على اختلافهم في مسألة زوال الملك وعدمه ـ متفقون على أن الوقف ينشأ مثقلاً بحق الله تعالى ما دام ورود الملك الخاص عليه قد أصبح ممنوعاً، أيًّا كان طريق اكتسابه، في الحال أو في المآل[٤] ولو لم يصرحوا بهذه النتيجة؛ لأنها لازم مذهبهم.

---

(١) الوقف ـ في الواقع ـ تصرف انفرادي؛ لأنه يصدر عن إرادة الواقف المنفردة، وليس عقداً ثنائي الطرف، ولكن أطلق عليه لفظ العقد بمعناه العام.

(٢) الوقف المجرد يقصد به غير المضاف إلى ما بعد الموت، والذي لم يتصل به حكم حاكم، ولم يتمحَّض لمصلحة أخروية، كالمسجد. على أن الرباطات والسقايات مما فيه مصلحة دنيوية في الأصل، ألحقت بالمسجد إلحاقاً. «المبسوط» للسرخسي: (١٢/ ٢٧ وما يليها).

(٣) المراجع السابقة للمذاهب الفقهية.

(٤) أما في الحال، فمن مثل التصرفات الناقلة للملكية، بعوض أو بدون عوض، كالبيع والهبة، وأما في المآل، فمن مثل التصرف التوثيقي كالرهن؛ لأنه قد يؤول إلى الملك الفردي، إذا عجز المدين الراهن عن =

فأصبح الوقف ـ في اجتهاد الجمهور ـ مثقلاً بحق الله تعالى، من حيث أصل الرقبة (الملك) ومن حيث وجوب التصدق بالمنفعة، فضلاً عن لزومه المطلق.

جاء في «البدائع» مما يؤكد هذه المعاني ما نصه: «لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف، في حق وجوب التصدق بالفرع[١]، ما دام الواقف حيًّا، حتى إنه من وقف داره، أو أرضه، يلزمه التصدق بغلة الدار، والأرض، ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة».

«ولا خلاف أيضاً، في جوازه[٢] في حق زوال ملك الرقبة، إذا اتصل به قضاء القاضي، أو إضافة إلى ما بعد الموت، بأن قال: وإذا مِتُّ، فقد جعلت داري، أو أرضي وقفاً على كذا، أو قال: هو وقف في حياتي، صدقة بعد وفاتي. واختلفوا في جوازه مزيلاً لملك الرقبة، إذا لم توجد الإضافة إلى ما بعد الموت[٣]، ولا اتصل به حكم حاكم[٤]، قال أبو حنيفة عليه الرحمة: ولا يجوز، حتى كان للواقف بيع الموقوف، وهبته، وإذا مات يصير ميراثاً لورثته، وقال أبو يوسف ومحمد، وعامة العلماء ﷺ: ويجوز حتى لا يباع ولا يوهب، ولا يورث»[٥].

وعلى هذا، فأبو حنيفة يعقد تلازماً بين بقاء الملك في الوقف المجرد وبين عدم اللزوم، كما ترى، فإذا بقي ملك الواقف قائماً انتفى اللزوم.

وأما جمهور الفقهاء وعامة العلماء، فالخلاف بينهم في حق زوال ملك الرقبة لا ثمرة له؛ لأنهم لا يرون أن ثمة تلازماً بين بقاء الموقوف على ملك الواقف، وبين عدم اللزوم، على النحو الذي رأيت في فقه الوقف عند الإمام أبي حنيفة.

= الوفاء، عند حلول أجل الدين، فيباع حينئذ ليستوفي الدائن دينه من ثمنه. وكذلك بالإرث. أقول: كل هذا ممنوع؛ لأنه ينافي اللزوم، وينقض الوقف، ولا يصح هذا لا من قِبَلِ الواقف، ولا من قِبَل أيٍّ كان.

(١) الثمرة والمنفعة.

(٢) جواز الوقف.

(٣) لم يخرجه مُخْرج الوصية.

(٤) أي: حكم بلزومه.

(٥) «البدائع»: (٦/ ٢١٨).

كما لا يرون تلازماً أيضاً بين زوال الملك واللزوم، بدليل أنهم اتفقوا على أن الوقف عقد لازم، سواء منهم من قال بزوال ملك الموقوف عن الواقف، أثراً للوقف، ومن لم يقل بذلك[١].

والخلاصة: أن الوقف جائز عند الكل، وإنما الخلاف في اللزوم وعدمه[٢].

ثانياً: مشروعية أصل الوقف وأدلته:

مشروعية أصل الوقف ثابتة بالقرآن الكريم، والسنة، والإجماع العملي.

أولاً: أما القرآن الكريم، فبالأدلة الإجمالية، من مثل:

---

(١) «الفواكه الدواني»: (٢/ ٢٢٤) في الفقه المالكي، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (٤/ ٧٥) في الفقه المالكي أيضاً، و«المغني في الشرح الكبير»: (٦/ ١٨٥ وما يليها)، و«نهاية المحتاج»: (٥/ ٣٥٥)، و«مغني المحتاج»: (٢/ ٣٧٦) في الفقه الشافعي، ومراجع الفقه الحنفي السابقة: «الهداية»، و«البدائع» و«فتح القدير»، و«رد المحتار».

(٢) أشرنا إلى أن بعض الفقهاء أجازوا تأقيت الوقف، ذهاباً منهم إلى أن الوقف من عمل المعروف، وهو جائز على الجملة، مؤبداً كان أو مؤقتاً، فلو قال: وقفت داري للفقراء مدة عشر سنوات، ابتداء من اليوم، جاز: «الفواكه الدواني»: (٢/ ٢٢٤)، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (٤/ ٧٥ وما يليها).

هذا، ويعبِّر الجمهور عن «اللزوم بقطع التصرف في عين الرقبة الموقوفة؛ لأن قطع التصرف بجميع وجوهه، يستلزم اللزوم، إذ التصرف رجوع عن الوقف، والرجوع ينافي اللزوم بداهة، وأحياناً يعبِّرون عن ذلك بالحبس، أو تحبيس الأصل، ويقصدون التحبيس عن التصرف أيضاً، أخذاً من قوله ﷺ في حديث وقف عمر: «**حبِّس الأصل، وسَبِّل المنفعة**» [أخرجه الشافعي في «مسنده»: (١/ ٣٠٨)، والدارقطني: (٤/ ١٩٣)، والبيهقي في «الكبرى»: (٦/ ١٦٢)، من حديث ابن عمر، بلفظ: «حبس الأصل وسبل الثمرة»].

وقد بين الرسول ﷺ ماهية التحبيس الذي هو قوام الوقف وملاكه، بقوله: «**لا يباع ولا يوهب ولا يورث**» [أخرجه البخاري: ٢٧٣٧، ومسلم: ٤٢٢٤، وأحمد: ٤٦٠٨، من حديث ابن عمر] وهذا يستلزم اللزوم، كما ذكرنا. «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٦ وما يليها).

وعلى الجملة، التحبيس هو المنع من كل ما يوجب على الوقف حق الملكية الفردية حالاً أو مآلاً. جاء في «فتح الباري» لابن حجر ـ وهو شافعي المذهب ـ: «إنه ـ الوقف ـ قطع التصرف في رقبة العين التي يدوم الانتفاع بها، وصرف المنفعة» أي: وجوب صرفها إلى الجهة الموقوف عليها. وأمّا الحنابلة، فآثروا كلمة التحبيس، جاء في «الشرح الكبير» مع «المغني» (٦/ ١٨٥): وهو ـ أي الوقف الشرعي ـ «تحبيس الأصل، وتسبيل المنفعة» والمؤدى واحد.

أ ـ قوله تعالى: ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَۚ﴾ [آل عمران: ٩٢].

فإن أبا طلحة لما سمعها ـ كما ورد في «الصحيحين» ـ رغب في وقف «بَيْرُحاء» وهي أحب أمواله إليه[١].

ب ـ وقوله تعالى: ﴿وَمَا يَفْعَلُواْ مِنْ خَيْرٍ فَلَن يُكْفَرُوهُۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌۢ بِٱلْمُتَّقِينَ﴾ [آل عمران: ١١٥][٢]، وسائر الأدلة الإجمالية التي تحث على فعل الخير.

ووجه الدلالة على شرعية الوقف ظاهر.

ثالثاً: أما السنة، فقد ورد من الآثار المستفيضة في مشروعية الوقف ما يكاد يفيد القطع، فمن ذلك:

أ ـ خبر مسلم[٣]: «**إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلّا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له**».

ووجه الدلالة أن «الصدقة الجارية» المستمرة، محمولة على «الوقف» عند العلماء، أما الوصية بالمنافع ـ وإن شملها الحديث ـ فهي نادرة، فحملها على الوقف أولى.

واستمرار الثواب بجريان الصدقة التي تعتبر عملاً لا يقطعه الموت، لا يتصور إلّا في الوقف اللازم المؤبد، ولو جاز أن يكون غير لازم، لكان صدقة مقطوعة لا جارية، والفرض أنها مستمرة كما يدل الحديث[٤].

وقال الشوكاني: قوله عليه السلام: «صدقة جارية» يشعر بأن الوقف يلزم، ولا يجوز نقضه[٥].

---

(١) البخاري: ١٤٦١، ومسلم: ٢٣١٥، وأخرجه أحمد: ١٢٤٣٨، من حديث أنس بن مالك. وبَيْرُحاء: (بئر في المدينة) وروي بفتح الباء وكسرها. المرجع السابق.

(٢) هذا، وكلمة «يكفروه» في الآية الكريمة، بضم الياء وتسكين الكاف، وفتح الفاء، بالبناء للمجهول، أي: لن يضيع الله تعالى أجر عملكم هذا يوم القيامة، إذا صدرتم فيه عن تقوى وإخلاص الله تعالى؛ لأنه يعلم ما تُكِنُّ الأنفس، وما تُخفي الصدور.

(٣) «صحيح مسلم»: ٤٢٢٣، وأخرجه أحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة.

(٤) «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٤ وما يليها)، و«مغني المحتاج» للشربيني: (٢/ ٣٧٦)، و«نهاية المحتاج»: (٥/ ٣٥٥).

(٥) «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٧).

ب ـ عن ابن عمر: «أن عمر أصاب أرضاً من أرض خَيْبَر، فقال: يا رسول الله، أصبت أرضاً بخيبر، لم أُصِبْ مالاً قطُّ أنْفسَ[١] عندي منه، فما تأمرني؟ فقال ـ ﷺ: «**إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها** »، فتصدق بها عمر، على أن لا تباع، ولا توهب، ولا تورث ـ في الفقراء، وذوي القربى، والرقاب، والضعيف، وابن السبيل، لا جُناح على من وَلِيَها، أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم عير مُتَمَوِّل، وفي لفظ: غير مُتَأَثِّلٍ مالاً[٢]، أي: غير متملك مالاً.

وفي رواية: «**حَبِّس أصلها، وسَبِّل ثمرتها**»[٣].

وفي رواية أخرى: «**تَصَدَّق بِثَمرِهِ، وحبس أصله**»[٤].

وزاد الدارقطني بعد قوله ﷺ: «**ولا يورث**» «**حبيسٌ ما دامت السموات والأرض**»[٥].

وقد روي الحديث روايات مختلفة بألفاظ متقاربة.

٢ ـ والحديث أصل في مشروعية الوقف:

ووجه الدلالة، أن قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه: «**إن شئت حَبَّست أصلها، وسبَّلت ثمرتها**» أو قوله ـ عليه السلام ـ في رواية أخرى: «**حبس أصلها، وسبل ثمرتها**» أو «**تَصدَّق بثمره وحبِّس أصله**» دليل على منع التصرف في العين هبةً أو بيعاً، ومنع انتقالها بالإرث، بدليل ما ورد من «الشرط» الذي نص عليه الرسول ﷺ صراحة، وطبقه عمر في صدقته أو وقفه، بقوله ﷺ: «**لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث**»[٦].

---

(١) أجود، ولا يطلق النفيس على الجيد إلّا إذا كان يأخذ بالنفس، لجودته.

(٢) أخرجه البخاري: ٢٧٣٧، ومسلم: ٤٢٢٤، وأحمد: ٤٦٠٨. والأرض التي أصابها عمر في خيبر سهماً من الغنيمة، كانت تدعى ثَمْغ. أخرجه البخاري: ٢٧٦٤. «فتح القدير»: (٥/ ٤٢).

(٣) الدارقطني: (٤/ ١٩٣).

(٤) الدارقطني: (٤/ ١٨٧)، والبيهقي في «الكبرى»: (٦/ ١٦٠).

(٥) الدارقطني: (٤/ ١٩٢).

(٦) «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٤ وما يليها).

وأما الثمرة أو الغلة، فيجب التصدق بها على جهة الوقف المستحقة عند الجمهور، كما علمت.

هذا، وحَمْلُ قوله ﷺ: «**حبس أصلها**» أو ما في معناه على حبس العين الموقوفة على ملك الواقف، بعيد عن مقصد الشارع؛ إذ الروايات يفسر بعضها بعضاً، فقول الرسول ﷺ: «**لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث**» دليل بيِّن على أن المراد من الحبس المنع من التصرف، لا حبس العين على ملك الواقف على ما ذهب إليه بعضهم.

ج ـ وعن عثمان أن «النبي ﷺ قدم المدينة، وليس بها ماء يُستَعْذَبُ غير بئر رومة، فقال: «**من يشتري بئر رومة، فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين، بخيرٍ له منها في الجنة؟**» فاشتريتها من صلب مالي»[1].

وجه الدلالة، أن عثمان رضي الله عنه قد استجاب لما عرضه الرسول ﷺ من وقف بئر رومة على المسلمين، ينتفعون بها، في مقابل عين في الجنة، فاشتراها ثم وقفها، بدليل ما ورد في رواية أخرى من قول عثمان: «ثم اشتريتُها وجعلتها للمسلمين» أي: وقفاً عليهم[2].

ولو لم يكن أصل الوقف جائزاً، لما عرض الرسول على الصحابة أن يتبرع أحدهم بوقف بئر رومة، ولما وعد بالثواب على ذلك في الجنة.

وفي الحديث دليل أيضاً على زوال ملك العين الموقوفة عن الواقف، بدليل أن دلو عثمان أضحى فيها كدلاء المسلمين، أي: استوى معهم في الانتفاع، وأصبح متصدقاً عليه كسائر المسلمين، فهو ينتفع بها وقفاً لا ملكاً؛ إذ لم يعد له عليها سلطان، وفقدان السلطة دليل زوال الملك.

---

(١) أخرجه الترمذي: ٣٧٠٣، والنسائي: (٦/ ٢٣٥)، وأحمد: ٥٥٥، من حديث عثمان بن عفان، وإسناده حسن. وانظر «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٥)، والباء في «بخير» للعوض.

(٢) المرجع السابق، وراجع «البحر الزخار» للمرتضى: (٥/ ١٤٧) فقه زيدي، هذا ولا تزال بئر رومة قائمة حتى الآن في المدينة المنورة، يقصدها معظم الحجاج كل عام، ليشاهدوا من آثار الصحابة في تلك الأرض المقدسة، وهذا دليل حسي بيِّن على لزوم الوقف وتأبيده.

هذا، فضلاً عن فعله ﷺ إذ وقف حوائط كما تدل على ذلك الروايات الصحيحة[(١)].

٣ ـ الإجماع العملي:

اشتهر اتفاق الصحابة ﷺ على الوقف قولاً وفعلاً.

قال جابر بن عبد الله: «ما أعلم أحداً كان له مال من المهاجرين والأنصار، إلّا حبس من ماله صدقة مؤبدة، لا تُشترى أبداً، ولا توهب، ولا تورث»[(٢)].

وقال القرطبي: «رادُّ الوقف مخالف للإجماع، لا يلتفت إليه»[(٣)].

وقال الترمذي: «لا نعلم بين الصحابة والمتقدمين من أهل العلم خلافاً في جواز وقف الأرضين»[(٤)].

وإذا ثبت أن الصحابة ﷺ لم يرجع واحد منهم في وقفه، دل ذلك على اللزوم قطعاً[(٥)].

هذا، وقد استمر عمل الأمة الإسلامية منذ عهد النبوة، والصحابة والتابعين ومن بعدهم إلى يومنا هذا على وقف أموالهم مؤبدةً دون نكير، ولا تزال آثارهم ماثلة.

---

(١) المرجع السابق، و«الفواكه الدواني»: (٢/ ٢٢٤)، وجاء فيه «وقد حبس نبينا ﷺ وعمر وعثمان وعلي وطلحة والزبير وغيرهم من الصحابة، دوراً وحوائط (بساتين) وهو مما اختص به المسلمون».

(٢) «المغني»: (٦/ ١٨٩)، وفي رواية أخرى عن جابر أنه قال: «لم يبق أحد من أصحاب رسول الله ﷺ ممن له مقدرة إلّا وقد وقف». «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٦)، و«البحر الزخار»: (٥/ ١٤٨).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) هذا، وحكى ابن قدامة عن الحميدي أن أكابر الصحابة تصدقوا (وقفوا) ولا تزال أوقافهم قائمة إلى عصره، فهذا علي بن أبي طالب تصدق بأرضه في ينبع، وتصدق الزبير بداره بمكة، وداره بمصر، وأمواله بالمدينة على ولده، وعثمان ببئر رومة على المسلمين.. وغيرهم. «المغني»: (٦/ ١٨٦)، و«نيل الأوطار»: (٦/ ٢٧).

(٥) ولما كانت آثار الصحابة في أوقافهم وأحباسهم ماثلة في عهد الإمام مالك رحمه الله ومن بعده، فقد استشهد بفعل الصحابة هذا على جواز الوقف ولزومه في حجاجه مع صاحبي أبي حنيفة، حتى حملهما على القول بذلك، خلافاً لإمامهم.

ثالثاً: أثر الوقف في ملكية العين الموقوفة، بقاء وزوالاً في فقه المذاهب:

قد تقدم أنْ لا أثر للوقف على ملك العين الموقوفة عند المالكية وأبي حنيفة، فتبقى على ملك الواقف في اجتهادهم.

غير أن الفارق، أن المالكية يذهبون إلى لزوم الوقف على الرغم من زوال ملك الواقف عن العين؛ إذ لا تلازم - في اجتهادهم - بين بقاء الملك، وبين عدم اللزوم، خلافاً لأبي حنيفة، كما علمت.

١ - وحجة المالكية أن الحديث في وقف عمر جاء صريحاً «بلزوم الوقف» ولم يتعرض لأصل الملك في الموقوف، والملك كان ثابتاً للواقف بيقين، فلا يزول عنه إلّا بدليل، ولا دليل.

٢ - وقالوا أيضاً في الاحتجاج على بقاء الملك للواقف: إنه ما دام التصدق واجباً عليه، وهو لازم دائم، فهذا يقتضي بقاء ملكه، حتى يصح هذا التصرف اللازم منه، وينال عليه أجره، وإلّا فكيف يتصور التصدق اللازم الدائم من شخص في شيء لا يملكه؟

فالواقف مالك، محرم عليه التصرف في رقبة الوقف، وواجب عليه التصدق بثمرته ومنفعته على الجهة الموقوف عليها، على سبيل الدوام، ولا تنافي، فالمحجور عليه ممنوع من التصرف شرعاً فيما يملك، فالمنع من التصرف لا يستلزم نفي الملكية.

٣ - واحتجوا كذلك بأن الوقف لو كان ينعقد مزيلاً لملك العين عن الواقف، لما كان ثمة داع للشرط الصريح من قبل الرسول ﷺ: «**لا تباع، ولا توهب، ولا تورث**» إذ لا وجه لاشتراط منع التصرف في شيء، على من لا يملكه.

فاشتراط الرسول ﷺ منع التصرف يومئ ببقاء الملك، وهو ما فهمه عمر رضي الله عنه إذ اشترط في وقفه أيضاً عين الشرط، امتثالاً للأمر الواقع من الرسول ﷺ ولو لم يكن مالكاً، لما كان لهذا الشرط من معنى.

٤ - يؤكد هذا، قوله ﷺ: «**حَبِّس أصله**»، أي: على ملكك، «**وتصدق بثمرته**»، أي: على الجهة المستحقة الموقوف عليها.

ويتجه على المالكية في فقههم للوقف، من حيث أصل الملك، ما يلي:

أ ـ أن ملك الواقف للعين يعتبر فريداً في نوعه شرعاً؛ إذ لا فائدة فيه أصلاً، ما دام المالك ـ الواقف ـ قد سُلب حرية التصرف فيه بجميع وجوهه، فغدا ملكاً صوريًا أجوف، وما لهذا شرع الملك أصلاً في الإسلام؛ لأن حرية التصرف هي جوهر معنى الملك، فنقْضُ هذه الحرية، نقضٌ للملك من أساسه، وهو ما أشار إليه الرسول ﷺ في قوله: «**لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث**» لأن في ذلك إيماءً لنقض الملك وزواله.

والتنظير بالمحجور عليه لِسَفَهٍ، لا يستقيم؛ لأن الحجر أمر عارض يوجب المنع من التصرف، لمصلحة المحجور عليه، كيلا يخرج ماله عنه، أما الوقف فمصلحة الواقف قد تحققت بصرف الريع إلى جهة البر، سواء بقي الملك للواقف أم زال عنه.

ب ـ وأيضاً، لو سلمنا ببقاء الملك للواقف، فما مصيره بعد وفاته؟ والحديث الشريف صريح في عدم جواز انتقاله بالإرث؟!

ج ـ وأما التحبيس، فهو عن التصرف، لا على الملك، بدليل الشرط الصريح في الحديث.

د ـ وأما قولهم: لا يُتصور وجوب التصدق على غير المالك، قلنا: قد كان مالكاً قبل الوقف، ووجوب التصدق هو أثر الوقف، وليس استمرار الملك شرطاً لاستمرار الثواب، بل استمرار الثواب منوط بجريان المنفعة، كما هو صريح نص الحديث «**وصدقة جارية**»[1].

هـ ـ على أن المالكية أجمعوا على أن وقف المسجد تزول عنه ملكية الواقف قطعاً[2]، فما الفرق بين المسجد وغيره من الوقف الخيري العام؟

١ ـ ويتجه على الحنابلة في انتقال الملك إلى الموقوف عليهم، ما اتجه على المالكية من صورية الملك.

---

(١) أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة.

(٢) «الفواكه الدواني»: (٢/ ٢٢٤ وما يليها).

٢ ـ ويَرِدُ عليهم في حجتهم من وجوب أن يؤول الملك إلى الموقوف عليهم بعد زواله عن الواقف، حتى لا يكون سائبة محرمة، أقول: يَرِد عليهم في ذلك أن الوقف ليس نظيراً للسائبة، لا من حيث القصد، ولا من حيث نظام صرف المنفعة إلى الجهة المستحقة، ولا من حيث الإشراف والتدبير.

فالقصد التقرب إلى الله عز وجل، وتلك للأوثان.

والوقف يقوم على أحكام تجعل منه نظاماً مُحْكماً، يشرف عليه نظّار ليكون مصدراً للبر والخير العام في المجتمع، وليس كذلك السائبة[١].

على أن ما روي عن الإمام أحمد من أنه قال بتملك الموقوف عليهم، إنما كان ذلك خاصًا في الوقف على الذُّرِّيَّة، لا الوقف الخيري العام، على الفقراء مثلاً، أو جهات البر الأخرى، وهم لا يُحْصَون، فكيف يتأتى على هذا النظر تمليك من هم مجهولون، ولا يحصون؟

ولا ينهض أساس فقهي قوي للتفرقة بين وقف المسجد وغيره[٢]؛ إذ يزول الملك في الأول لا إلى مالك إجماعاً.

لذا، كان القول بزوال الملك في الموقوف عن المالك، ليصبح على حكم ملك الله تعالى، ومثقلاً بحق الجهة الموقوف عليها في الانتفاع، أجدر بالنظر والاعتبار؛ لكونه أقرب إلى مقصد الشارع، وتحقيق المصلحة العامة.

ونرجح الرواية الأخرى للإمام أحمد نفسه، ولو أنها لا تتفق وظاهر مذهب الحنابلة، ومؤداها «أن الموقوف عليهم لا يملكون»[٣] لكونها أقرب إلى حكمة مشروعية الوقف، وإلى الأقيسة الفقهية التي تقضي بأن يكون للملك ثمرة عملية، وإلّا كان ملكاً صوريًا أجوف، لا نظير له في الشرع.

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) «المبسوط»: (١٢/ ٢٧ وما يليها).

(٣) «المغني مع الشرح الكبير»: (٦/ ١٨٥ وما يليها).

وخلاصة ما سبق، تتركز في أثر الوقف في المذاهب الفقهية، بعد الاتفاق على مشروعية أصله[١].

أ ـ جمهور الحنفية، وجمهور الشافعية، والحنابلة، على أن أثر الوقف بعد تمامه ينحصر في أمور ثلاثة:

١ ـ زوال ملك العين عن الواقف.

٢ ـ لزوم الوقف.

٣ ـ وجوب التصدق بمنفعته وريعه على الجهة الموقوف عليها، تستحقه ملكاً تامًّا، ديانةً وقضاءً، بدليل وجوب الزكاة فيه على الموقوف عليه. واللزوم يقتضي المنع من التصرفات الناقلة للملكية بعوض وبدون عوض، ومن الانتقال بالإرث.

ب ـ أما المالكية، فيرون أن أثر الوقف ينحصر في أمرين:

١ ـ لزومه.

---

(١) مصادر الفقه الحنفي، والشافعي، والحنبلي، والمالكي المشار إليها آنفاً.

أ ـ جاء في «المهذب» (٥/ ٤٠): ما نصه: «إذا صح الوقف لزم، وانقطع تصرف الواقف فيه، ويزول ملكه عن العين، ومن أصحابنا من خَرَّج قولاً آخر، أنه لا يزول ملكه عن العين؛ لأن الوقف حبس العين، وتسبيل المنفعة، وذلك لا يوجب زوال الملك، والصحيح هو الأول؛ لأنه ـ الوقف ـ سبب يزول ملكه عن التصرف في العين والمنفعة، فأزال الملك كالعتق».

ب ـ وفي «الهداية» مع «فتح القدير» (٥/ ٤٠): وعندهما ـ أبي يوسف ومحمد ـ حبس العين على حكم الله تعالى، فيزول ملك الواقف عنه لا إلى مالك، فيلزم، ولا يملك.

ج ـ وجاء في «المبدع» (٥/ ٣١٣): في تعريف الوقف بما يفيد اللزوم، وزوال الملك، لكن لا إسقاطاً محضاً، بل حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، ممنوع من التصرف في عينه بلا عذر، مصروفة منافعه في البر، تقرباً إلى الله تعالى.

قالوا: ولو كان تمليكاً للمنفعة المجردة ـ أي: دون انتقال الملك إلى الموقوف عليهم في اجتهادهم ـ لكان غير لازم كالعرية والسكنى، والمفروض أنه لازم. وفارق العتق لأن الوقف لم يُخرج الملك (الموقوف) عن المالية، فوجب أن ينتقل إليه (الموقوف عليه) بينما العتق إخراج عن حكم المالية: أي: إلى الأصل وهو الإنسانية، فكان إسقاطاً محضاً لا تمليك فيه بحكم طبيعته. المرجع السابق.

٢ ـ وجوب التبرع بريعه، ديانةً وقضاءً.

أما ملك العين الموقوفة، فلا أثر للوقف فيه، فلا يزيله عن الواقف، بل تبقى العين على ملكه، وهو مذهب أبي حنيفة، ورواية عن أحمد والشافعي[١]، رحمهم الله تعالى.

ج ـ وأما أبو حنيفة وزفر، فلا أثر للوقف عندهما، لا بالنسبة لملك العين، ولا بالنسبة للزوم.

وعلى هذا، تبقى العين على ملك الواقف، كما كانت قبل الوقف، ولا يلزم، فكان بمنزلة العارية، وإن كان الرجوع عن الوقف مكروهاً.

والواقع أن هناك تفصيلاً بالنسبة لحكم التصدق بريع الوقف على الرغم من عدم لزوم الوقف، فإن كان الوقف على شخص أو أشخاص مُعَيَّنين، فلا يجب التصدق؛ إذ لا يفيد إلّا مجرد التبرع بالمنفعة تبرعاً غير لازم[٢].

وإن كان على جهة بِرٍّ عامة ابتداءً، فيجب التصدق ديانة لا قضاء، ونَذْراً لا وقفاً، ثم يورث الوقف بعد وفاته[٣].

هذا، ولا يكون للوقف ـ عند أبي حنيفة ـ الأثر الذي رأينا عند الجمهور، إلّا في

---

(١) «المغني مع الشرح الكبير»: (٦/ ١٨٧ وما يليها)، حيث جاء فيه: «وفي رواية عن أحمد والشافعي: أنه لا يزول ملكه، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك».
وقد أشرنا إلى هذه الرواية بالنسبة للإمام الشافعي في «المهذب» من مصادر فقه الشافعية. «المبدع في شرح المقنع»: (٥/ ٣٢٨).
وقال الحنابلة في الاحتجاج لمذهبهم في بقاء العين على ملك الواقف: «إنه لو كان تمليكاً للمنفعة المجردة ـ أي: بالنسبة للموقوف عليه ـ لكان كالعارية، وهي عقد غير لازم، والمفروض أنه لازم».
ويجاب عن هذا، بأنْ لا فائدة من انتقال الملكية إلى الموقوف عليهم، ما داموا ممنوعين من التصرف، إذ تصبح ملكية صورية ليست على وضع المشروعات، ولا يسعهم القول بجواز تصرف الموقوف عليه فيها، لمنافاة ذلك للنص، إذ يصبح تسبيلاً للعين والمنفعة معاً، ولم يقل بذلك أحد. ونرى أن الملك يعود إلى الشخصية الحكمية للوقف بحكم الشارع كما سيأتي. «المبدع»: (٥/ ٤٠).

(٢) «فتح القدير»: (٥/ ٤٠).

(٣) «البدائع»: (٦/ ٢١٨)، و«الوقف» للمرحوم الشيخ أبي زهرة ص٤٨ ـ ٤٩.

حالات استثنائية ثلاث، فيزول ملك الوقف، ويلزم، ويجب التصدق بريعه ديانة وقضاء[١]، وهي:

أولاً: إذا حكم بلزومه حاكم عام أو خاص[٢]، يرى لزومه في اجتهاده، وهذه الصورة ـ في الواقع ـ لم يعد لها وجود في عصرنا الحاضر، لتوحيد القضاء والقوانين في كل بلد إسلامي.

ثانياً: إذا أُضيف الوقف إلى ما بعد الموت، فيُخْرَجُ مُخرج الوصية ويثبت ضرورةً، ويأخذ أحكامها تماماً[٣].

ثالثاً: إذا كان الوقف مسجداً[٤] أو أرضاً لمسجد، فيثبت الوقف لازماً مؤبداً،

---

(١) والواقع أن آثار الوقف هذه في الحالات الاستثنائية الثلاث عند أبي حنيفة، لا تعتبر تخريجاً على الوقف المطلق، بل على قواعد فقهية متفق عليها، وهي دلائل خارجية.

١ ـ حكم الحاكم بلزوم الوقف، إذا كان يرى لزومه في اجتهاده؛ لأن حكمه يرجح أحد الرأيين أو الآراء في المسألة المختلف فيها، ويحسم النزاع، ويجب على من في ولايته امتثال حكمه، والعمل بمقتضاه. على أن هذا المبدأ ليس خاصًّا بمسألة لزوم الوقف، بل في كل فصل مجتهد فيه.

٢ ـ إخراج الوقف مخْرجَ الوصية؛ لأن الوصية بالمنافع لجهة برٍّ دائمة ابتداءً، كالفقراء، بمعنى الوقف سواء بسواء، فيثبت حكم اللزوم بالضرورة، وتتأبد كما يتأبد الوقف، ويأخذ الوقف أحكام الوصية تماماً، فيشترط أن يكون في حدود الثلث، وأن يموت الواقف مُصِرًّا عليه، ويلزم بعد الوفاة لا في حال الحياة، وما إلى ذلك، وصورته أن يقول: أوصيت بغلة هذه الأرض للفقراء أبداً.

٣ ـ الوقف على المسجد، إذ تخرج ملكيته عن الواقف، ويلزم مؤبداً بالإجماع. «فتح القدير»: (٥/ ٤٠)، و«المبسوط»: (١٢/ ٢٧ وما يليها).

(٢) الحاكم العام هو الحاكم الأعلى في الدولة، أو من ينيبه منابه، والخاص هو القاضي أو الوالي في حدود ولايته.

(٣) المرجع السابق.

(٤) «المجموع شرح المهذب»: (٥/ ٤٠)، و«الفواكه الدواني»: (٢/ ٢٢٤ وما يليها)، و«البدائع»: (٦/ ٢١٨)، «المغني مع الشرح الكبير»: (٦/ ١٨٧ وما يليها)، و«نيل الأوطار»: (٦/ ٢٦ وما يليها).

هذا، ويقيس بعض الأئمة الأوقاف على المسجد، بجامع القربة إلى الله عز وجل في كليهما، قياساً يؤيد الجمهور في مذهبهم، فيقول صاحب «المبدع» (٥/ ٣٢٩): «أما المسجد والمقبرة، فلا خلاف أنه ينقطع عنه اختصاص الآدمي، ويشبه ذلك الربط والمدارس». =

ويزول ملك العين عن الواقف إجماعاً[١].

رابعاً: لزوم الوقف:

اختلف الفقهاء في مسألة «لزوم الوقف» إلى اتجاهين:

أولهما: القائل بمنع اللزوم.

الثاني: القائل باللزوم[٢].

= ويعلل الإمام السرخسي حكم ما أُلحق بالمسجد من السقايات، والرباطات، والخانات، ومقابر الموتى للمسلمين، من حيث اللزوم، وزوال ملك العين عن الواقف، بقوله: «وكما للناس حاجة في المعاد ـ أي: مصلحة أخروية في وقف المسجد ـ لهم حاجات في المعاش ـ أي: مصالح دنيوية ـ كالمقابر، والرِّباطات، والسِّقايات، وما إليها «المبسوط»: (١٢/ ٢٧ وما يليها)، و«نيل الأوطار»: (٦/ ٢٤ وما يليها).

وهكذا نرى أن الأئمة يرون أن ليس ثمة فارق بين المصالح الأخروية والدنيوية من حيث الاعتبار والحكم، وأن خلوص المصلحة للآخرة لا يمنع من أن تكون أصلاً يقاس عليه المصالح الدنيوية؛ لأن العلة ـ وهي مظنة حكمة الشارع ـ جامعة بينهما، ففي كليهما تقرب إلى الله تعالى، إنْ في العبادة الخالصة، أو رصْد منافع الأعيان على جهات البر العام، ولا فصل.

(١) هذا، وتنظير الوقف بالمسجد أولى من تنظيره بالعتق، من حيث انقطاع اختصاص الآدمي به، وخروجه عن ملكه، ولزومه مؤبداً، حتى لا يرد الفارق بين الوقف والعتق، فيفسد القياس؛ إذ الوقف وإن أخرج الموقوف عن ملك الواقف عند الجمهور، لكنه لا يخرجه عن المالية، في حين أن العتق يخرج الآدمي عن المالية، ليعود إلى الأصل، وهو الحرية والإنسانية؛ إذ الرق عارض، فتَملُّكه عارض أيضاً، في حين أن المالية في العين الموقوفة أصل، والوقف لا يخرجها عن ذلك الأصل أبداً، وإنما يخرجها عن التملك الفردي فحسب، تحقيقاً لغرض أسمى وأقوى، وهو جهة البر العام.

(٢) بينا آنفاً معنى اللزوم، وهو عدم جواز الرجوع في الوقف، أو نقضه، أو انتقاله بالإرث، ومعلوم أن الجمهور القائل باللزوم يمنع التصرف في عين الوقف من قبل أيٍّ كان، تصرفاً يوجب فيها ملكاً خاصًا، حالاً أو مآلاً، حتى لا يقتصر الانتفاع بها على شخص المالك بعد أن رُصدت على جهة بر عامة على سبيل الدوام والتأبيد. هذا والانتقال بالإرث منع لذلك، فلا يجوز بنص الحديث. وهذا «اللزوم» دل عليه الحديث المروي في كتب السنة ـ كما ذكرنا ـ في وقف عمر، إذ الشرط الصريح الوارد في الحديث: «لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث» يفيد هذا اللزوم، ولذا نفذه عمر امتثالاً للأمر الواقع من الرسول ﷺ فاشترط الشرط عينه في وقفه، وأشهد كبار الصحابة عليه، ثم سار على نهج عمر سائر الصحابة في أوقافهم، وهم كُثر. =

أدلة المانعين ومناقشتها والرد عليها:

استدلوا بالسنة والأثر والمعقول:

أما السنة فقد استدلوا بما يلي:

أ ـ ما روي عن ابن عباس، أن النبي ﷺ قال لما نزلت آية الفرائض: «**لا حَبْسَ بعد سورة النساء**»(١).

ب ـ وروى الطحاوي في «شرح معاني الآثار»، وأسنده إلى عكرمة عن ابن عباس قال: «سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن الحبس»(٢).

ووجه الدلالة، أن أثر الوقف إذا كان هو «اللزوم» وقَطْعَ التصرف في رقبة الوقف، وخروج العين عن ملك الواقف عند من يقول به، وعدم انتقالها بالإرث، هذه الآثار يترتب عليها حبسٌ عن فرائض الله، ومنع الورثة من الوصول إلى حقوقهم.

= ولما كان هذا الشرط بياناً من الرسول ﷺ لماهية التحبيس ـ كما يقول الإمام الشوكاني ـ فلا يجوز أن تَرِدَ على الوقف «الملكية الخاصة» حالاً أو مآلاً، أيًّا كان طريق اكتسابه، بالتصرف أو الإرث، لمنافاتهم لماهية التحبيس الذي هو جوهر معنى الوقف شرعاً، ولا يثبت الشيء مع ما ينافيه. «فتح القدير»: (٥/ ٤٠ وما يليها)، و«نيل الأوطار»: (٦/ ٤٧٦).

(١) أخرجه الدارقطني: (٤/ ٦٨)، والطبراني في «الكبير»: ١٢٠٣٣، والبيهقي في «الكبرى»: (٦/ ١٦٢).

(٢) «شرح معاني الآثار»: (٤/ ٩٦)، وأخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٩٠٠٢. والمقصود بآية الفرائض آيات المواريث في سورة النساء، وروى هذا الحديث الدارقطني: (٤/ ٦٨)، من حديث ابن عباس، وأخرجه ابن أبي شيبة: (٤/ ٣٤٩) موقوفاً على علي ـ كرم الله وجهه ـ عن طريق الشعبي، قال: قال علي رضي الله عنه: «لا حَبْسَ عن فرائض الله، إلّا ما كان من سلاح أو كراع». قال في «الفتح»: «وينبغي أن يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع؛ لأنه بعد أن علم ثبوت الوقف، ولهذا استثنى الكراع والسلاح، ومثله لا يقال إلّا سماعاً».

ويجاب عنه بأن عليًّا نفسه رضي الله عنه وقف، ووقف جمع كثير من الصحابة رضوان الله عليهم على علم من رسول الله ﷺ حتى مات، وأوقافهم ماثلة، يشاهدها الخلف عن السلف عبر القرون، حتى إن بعضها، وهو بئر «رومة» التي وقفها عثمان رضي الله عنه على المسلمين، ما زالت آثارها قائمة حتى اليوم، يزورها كثير من الحجاج كل عام.

«الحبس» هو الوقف، وجمعه «أوقاف». «المصباح المنير».

والمقصود بفرائض الله: أي: الفرائض التي عينها الله تعالى في آيات المواريث في سورة النساء، إذ قسَّم الله تعالى الميراث بين الورثة قسمة عادلة، فأعطى كل ذي حق حقه.

وبيان ذلك، أن المال إنما خلق أصلاً ليتصرف فيه مالكه شرعاً، بجميع وجوه التصرف المشروعة، ولا معنى للملك إلّا هذا، وقطع التصرف في الملك بجميع وجوهه منافٍ لمبادئ الشرع في الملك.

وأيضاً، الإرث خلافة شرعية جبرية، ولزوم الوقف مناف لذلك، فيكون غير مشروع؛ لأنه يمنع الورثة حقوقهم في الإرث[1]، فيكون حبساً عن فرائض الله، وهو غير مشروع، لذا قلنا بعدم اللزوم؛ لأنه هو المشروع؛ إذ يتفق ومقتضى المبادئ الشرعية في الملك، كما يتفق وما جاءت به آيات المواريث، ليأخذ كل ذي حق حقه من الورثة الشرعيين[2].

الوقف جائز، ولكن لزومه غير جائز، كيلا يترتب على القول باللزوم الوقوع في المنهي عنه.

ويتجه على هذا الاستدلال ما يلي:

١ ـ أن الحديث مطعون فيه؛ لأن من رواته ابن لهيعة وأخاه عيسى، ولا خير فيهما[3]، وقال الشوكاني: ويجاب عنه بأن في إسناده ابن لهيعة، ولا يحتج بمثله[4]، ومثل هذا الحديث لا يقوى على معارضة حديث وقف عمر في كتب السنة الدالّ على اللزوم، كما بينا.

٢ ـ سلمنا أنه صحيح، لكن ليس فيه ما يمنع الوقف، ولزومه؛ لأن الواقف إنما يتصرف في خالص ملكه حال حياته، وفي هذه الحال، لا يكون الوارث مستحقًّا، حتى يقال: إن الوقف قد منع الحق عن الورثة؛ إذ منع الحق عن صاحبه، فرع ثبوته له، واستحقاقه إياه، ومعلوم أن الوارث لا يستحق الإرث، ولا يتعلق حقه بالتركة، إلّا في حالين:

---

(١) «فتح القدير»: (٥/ ٤٠ وما يليها).

(٢) «المحلى» ابن حزم: (٩/ ١٨٣).

(٣) «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٧)، وانظر أيضاً «الراية»: (٣/ ٤٧٦).

(٤) «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٤ وما يليها)، وجاء في «العناية» للبابرتي في وجه الدلالة قوله: «أي: لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته». «فتح القدير»: (٥/ ٤٢).

أحدهما: حال وفاة الموروث.

الثاني: حال مرض الموت.

على أنه في هذه الحال الأخيرة، يجوز للمريض مرض الموت أن يتصرف في ماله في حدود الثلث تبرعاً[(١)].

وليس أيٌّ من الحالين السابقتين ينطبق على حال الواقف الذي يتصرف في خالص ماله وقفاً لله تعالى، حالَ حياته، وفي تمام أهليته، وصحته.

وعلى هذا، فلا دلالة في الحديث على منع مشروعية الوقف أو لزومه، ولا ما يمنع الإرث.

٣ ـ وأيضاً، لو كان الوقف حبساً عن فرائض الله، وهو نوع من التبرع اللازم في سبيل الخير العام، لكانت سائر التبرعات من الهبة، والصدقة، والوصية بعد الموت كذلك، ولا قائل به.

وفي هذا المعنى يقول ابن حزم: «أما قوله: لا حبس عن فرائض الله»[(٢)]، فقول فاسد؛ لأنهم لا يختلفون في جواز الهبة والصدقة في الحياة، والوصية بعد الموت، وكل هذه مسقطة لفرائض الورثة عما لو لم تكن فيه، لورثوه على فرائض الله عز وجل، فيجب بهذا القول إبطال كل هبة، وكل صدقة، وكل وصية؛ لأنها مانعة من فرائض الله بالمواريث، فإن قالوا: هذه شرائع جاء بها النص، قلنا: والحبس شريعة جاء بها النص، ولولا ذلك لم يجز»[(٣)].

على أن بعض الفقهاء يرى أنه ـ على فرض التسليم بصحة الحديث «**لا حبس بعد**

---

(١) يرى الصاحبان أن الوقف في مرض الموت يلزم، ولكن يخرج من الثلث، ولا ينفذ فيما زاد إلّا بإجازة الورثة، كالوصية، خلافاً لأبي حنيفة، فلا يلزم عنده على الأصح إلّا إذا أضافه إلى ما بعد الموت. المرجع السابق.

(٢) أخرجه الدارقطني: (٤/٦٨)، من حديث ابن عباس، وأخرجه ابن أبي شيبة: (٤/٣٤٩)، من حديث علي موقوفاً.

(٣) «المحلى» لابن حزم: (٩/١٧٧).

سورة النساء»[١] ومعارضته لمشروعية الوقف ولزومه ـ منسوخ، «لأن سورة النساء نزلت أو بعضها (آيات الفرائض) بعد أُحُد، وحبسُ الصحابة وأوقافهم، بعلم رسول الله ﷺ وإقراره، بعد خيبر، وبعد سورة النساء، وهذا أمر متواتر جيلاً بعد جيل، ولو صح هذا الخبر لكان منسوخاً باتصال الحبس بعلمه[٢] عليه السلام، إلى أن مات[٣]، ومؤدى هذا أن الحديث منسوخ بإقرار النبي ﷺ لأوقاف الصحابة.

ونحن نرى أنْ لا نسخ مع إمكان التوفيق، وذلك على الوجه الآتي:

١ ـ يمكن حمل «الحبس» على معنى منع المال عن الورثة الفعليين بعد وفاة مورثهم، وبعد نزول آيات الفرائض، أو كما يقول الإمام الشوكاني: «توقيف المال عن وارثه، وعدم إطلاق يده» كالنساء والصغار الذين كانوا يُحرمون من حقهم في الإرث زمن الجاهلية، فأبطل الإسلام ذلك، وأكدته السنة، وعلى هذا المعنى تُحمل سائر الروايات من مثل: «سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن الحبس» تأكيداً لما أبطله القرآن الكريم.

وعلى هذا فلا تعارض، فلا تَرِدُ قضية النسخ؛ إذ لا يدخل الوقف أصلاً في عموم هذا الحديث؛ لأن لفظ الحديث «لا حبس» عام أريد به الخصوص[٤] مجازاً، أو

---

(١) أخرجه الدارقطني: (٤/٦٨)، والطبراني في «الكبير»: ١٢٠٣٣، والبيهقي في «الكبرى»: (٦/١٦٢)، من حديث ابن عباس.

(٢) أي: بإقراره لأوقاف الصحابة، والإقرار دليل المشروعية؛ لأنه سنة. المرجع السابق. هذا، وابن حزم يرى أن الحديث إمّا موضوع، أو منسوخ.

(٣) المرجع السابق.

(٤) راجع كتابنا «أصول التشريع الإسلامي، ومناهج الاجتهاد بالرأي» ص٤٩٣، فقد ميزنا بين العام الذي أريد به الخصوص مجازاً، ونظيره قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ قَالَ لَهُمُ ٱلنَّاسُ إِنَّ ٱلنَّاسَ قَدْ جَمَعُواْ لَكُمْ﴾ [آل عمران: ١٧٣] والمراد بالناس ـ وهو لفظ عام ـ شخص واحد مجازاً، وبين العام المخصوص، أي: العام الذي خصص بدليل مستقل مقارن عند الحنفية؛ لأنه قصر العام على بعض أفراده بدليل، فثمة فرق بين العام المخصوص، والعام الذي أريد به الخصوص، وهذه التفرقة جاءت من تقسيمات الإمام الشافعي رحمه الله في كتابه «الرسالة» ص٣٦٦، بتحقيق الأستاذ شاكر.

بعبارة أخرى: عام أريد به خصوص منع الصغار والنساء من الإرث، مجازاً، وهذا لا علاقة له بالوقف ولزومه، البتة.

٢ ـ على أنه يمكن التوفيق أيضاً من وجه آخر، وذلك بالتسليم بعموم الحديث، لأن قوله ﷺ: «**لا حبس عن فرائض الله**»[١] أو «**لا حبس بعد سورة النساء**»[٢] عام، لوقوع النكرة في سياق النفي، ويشمل بعمومه الوقف، بل يشمل كل طريق فيه حبس عن الميراث، لكن ورد من السنة الصحيحة الثابتة ما يثبت أصل مشروعية الوقف، ولزومه، فلا بد ـ والحالة هذه ـ من أن يُصار إلى التوفيق بينهما، إزالةً لهذا التعارض الظاهري؛ لأن لله تعالى ـ كما علمت ـ حكماً واحداً فقط في كل مسألة، يجب على المجتهد أن يتحراه، ويتبينه.

ووجه التوفيق، أن يُعتبر حديث: «**لا حبس عن فرائض الله**» وما في معناه عامًّا قد خصصته السنة[٣] بأحاديث صحيحة ثابتة، حتى ارتقت بالوقف ولزومه إلى مستوى القطع أو كادت[٤].

والتخصيص نوع من التوفيق والجمع بين الدليلين ـ كما علمت ـ وهو خير من إهمالهما، أو إهمال أحدهما.

---

(١) أخرجه الدارقطني: (٤/ ٦٨)، من حديث ابن عباس، وأخرجه ابن أبي شيبة: (٤/ ٣٤٩)، من حديث علي موقوفاً.

(٢) أخرجه الدارقطني: (٤/ ٦٨)، والطبراني في «الكبير»: ١٢٠٣٣، والبيهقي في «الكبرى»: (٦/ ١٦٢)، من حديث ابن عباس.

(٣) وهذا هو العام المخصوص.

(٤) ويقول الإمام الشوكاني في هذا الصدد: «وأيضاً، لو فرض أن المراد بحديث ابن عباس الحبس الشامل للوقف، لكونه نكرة في سياق النفي، لكان مخصصاً بالأحاديث المذكورة في الباب». «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٧)، وانظر «فتح القدير»: (٥/ ٤٠ وما يليها)، و«البحر الزخار»: (٥/ ١٤٧ وما يليها)، وراجع «العناية على هامش فتح القدير» المشار إليه ص٤٢، و«المبسوط»: (١٢/ ٢٧ وما يليها). ويقول صاحب «العناية»: إن الحديث بعمومه، شامل لكل طريق يكون فيه حبس عن الميراث، ونرى أنه يتناول بالإبطال التوريث بالموالاة والمؤاخاة؛ لأن فيه حبساً عن فرائض الله بالنسبة للورثة من ذوي القربى.

ومن وجوه التوفيق أيضاً، أن يُحمل معنى هذا الحديث على إبطال ما كان متعارفاً في الجاهلية، من حبس البَحيرة والسائبة، والوصيلة، والحام[١].

٣ ـ على أنه يمكن أيضاً حمل هذا الحديث على معنى يتعلق بالباعث على الوقف، أو الدفع النفسي إليه، وذلك بعدم جواز أن يكون قصد الواقف من وراء الوقف مُضَارَّة الورثة، وحرمانهم مما فرض الله لهم من حقوق في التركة، دون أن يبتغي جعله قربةً محضةً دائمة لله عز وجل، يستمر به أجره ومثوبته بعد وفاته.

فالقصد إلى حرمان الوارث مما فرض الله تعالى له، باتخاذ الوقف ذريعة إلى هذا القصد السيئ، محرم قطعاً كتحريم وصية الضرار في قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ﴾ [النساء: ١٢][٢]، فعل المحرم معصية ينافي معنى القربة.

إذن، تَمَحُّضُ القصد إلى مضارة الورثة في الوقف أو الوصية، باعث غير مشروع؛ لأن فيه حبساً عن فرائض الله، ومحاربةً لنظام الشرع في الإرث، وهو نوع من المضارة في الحقوق، أو ما يطلق عليه اليوم من «التعسف في استعمال حق الملك»[٣]، لاتخاذه ذريعة إلى إسقاط حق، أو هدم واجب، أو تحليل محرم.

---

(١) «السائبة» هي الناقة تلد عشر إناث متوالية، فيكرمها الجاهليون بالتسييب، فلا تركب، ولا تحلب، ولا يُجَزُّ وبرها، أي: منع الانتفاع بها بأي وجه.
والبحيرة: ما ولدت بعد تسييبها، فحكمها حكم السائبة، لكن تشق أذنها، لتعرف، والبحر: الشق، ومنه سمي البحر لشقه بالسفن.
والوصيلة: في الإبل والشاة: ما ولدت سبعة أبطن، أنثيين أنثيين، والسابع ذكر وأنثى، فسميت وصيلة، إذ وصلت الأنثى بالذكر، ويسيبونها كما مر، وإذا مات أي من هذه، أكلها الرجال لا النساء، كما حكى الله تعالى.
والحامي: هو الفحل الذي ينتج ولد ولده، فيسيب. هذا، وهناك تفسيرات أخرى لا يتسع المقام لسردها، «البحر الزخار»: (٥/ ١٥٢).

(٢) وذلك بأن يقف على أولاده الذكور دون الإناث «في الوقف الذرّي» أو أن يقف على جهة بر عام ودائم، قصداً إلى حرمان الورثة، لا قُربةً إلى الله تعالى، ويمكن الاستدلال على هذا القصد السيئ من ظروف الحال، وما تومئ إليه عبارات الواقف.

(٣) راجع كتابنا: «نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون»، بحث «وصية الضرار»، ص١٠٥ ـ ١٠٦، دليلاً من أدلة هذه النظرية، [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

ولا جرم، أن بهذا الباعث التعسفي المحرم، ينتفي عن الوقف صفة كونه قربة إلى الله تعالى، وهي الأصل في مشروعية الوقف ولزومه، والمعصية لا تجتمع مع القربة الخالصة لله عز وجل، بداهةً[١]، فلا بد إذن ـ ليكون التصرف مشروعاً ـ من أن يوافق أصل مشروعيته، والغاية التي شُرع من أجلها، وهذا معنى قول الإمام الشاطبي: يشترط في التصرف أن يكون موافقاً للشرع ظاهراً وباطناً[٢] معاً، وإلّا لو خالف الظاهر الباطن، لم يكن التصرف على وضع المشروعات[٣] التي ينبغي أن يتفق فيها قصد المكلف مع قصد الله في التشريع[٤].

فالحديث إذن يتصل بالوقف من حيث الباعث عليه على هذا المعنى، وهو معنى ثابت دائم لا يقبل النسخ والإلغاء؛ لأنه يَرِد قيداً على إرادة الواقف، ولا يتعارض مع أصل مشروعية الوقف ولزومه، قربةً إلى الله تعالى ـ كما ترى ـ بل جاء لتأكيده خالصاً لازماً لوجه الله عز وجل.

ومعنى كون الحديث محمولاً على معنى يرد قيداً على إرادة الواقف، أنه جاء شرطاً في انعقاد الوقف، كي تَتَمَحَّضَ فيه نية الواقف للتقرب إلى الله عز وجل، لا لمخالفة الله في نظام إرثه؛ لأن الوقف من أعظم القُرُبات، فينبغي أن يكون وراءه نية خالصة، وباعث مشروع، وهو ما جاء الحديث بالتنويه به وتأكيده[٥].

---

(١) فناقض قصد الواقف قصد المشرع من أصل تشريع الوقف، فالله تعالى قد قصد بتشريع الوقف أن يكون قربةً إليه تعالى، والواقف اتخذه ذريعة لحرمان الورثة من الإرث، فتناقض القصدان، ومناقضة الشرع باطلة، فبطل ما أدى إليها، وهو الوقف، وقد أشار الإمام الشاطبي إلى هذا الأصل بقوله: «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل، موافقاً لقصد الله في التشريع».
هذا، ويطلق الفقهاء المعاصرون على المناقضة هذه اصطلاح «التعسف في استعمال الحق».

(٢) والباطن هو القصد أو الباعث الدافع إلى إنشاء التصرف الشرعي.

(٣) راجع «المقدمة» لكتابنا «نظرية التعسف».

(٤) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢/ ٣٨٥).

(٥) لا يجيز بعض المذاهب الإسلامية الحكم على التصرف بالبطلان قضاءً، بالباعث غير المشروع إذا ثبت بالقرائن، بل لا بد أن يكون صريحاً في العقد، وجزءاً من أجزائه، أو مُستخلصاً من طبيعة محله، وهذا نادر الوقوع عادة، بينما يكتفي سائر المذاهب بقرائن الأحوال، وإشارات ألفاظ العقد، وما ورد في =

هذا، وقد جاء في «الروضة الندية» مما يؤكد هذا المعنى، ما نصه: «ومن وقف شيئاً، مُضارَّةً لوارثه، كان وقفه باطلاً؛ لأن ذلك مما لم يأذن به الله سبحانه وتعالى، بل لم يأذن إلّا بما كان صدقة جارية ينتفع بها صاحبها، لا بما كان إثماً جارياً، وعقاباً مستمرًا، وقد نهى الله تعالى عن الضِّرار في كتابه العزيز، عموماً وخصوصاً، ونهى عنه النبي ﷺ عموماً، كحديث «**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**»[1]، وخصوصاً، كما في ضرار الجار، وضرار الوصية ونحوهما».

«والحاصل، أن الأوقاف التي يراد بها قطع ما أمر الله به أن يوصل، ومخالفة فرائض الله عز وجل، باطلة من أصلها، لا تنعقد بحال من الأحوال»[2].

إذن، لا منافاة بين حكم الحديث على هذا الاحتمال، وبين مشروعية الوقف ولزومه؛ لأنه ـ كما أشرنا ـ جاء تأكيداً له، قربةً خالصة لوجه الله عز وجل، لا تشوبها معصية قصد المضارة، ليكون الوقف على وفق المشروعات.

وبهذا التوفيق، لا يُرى في الحديث دلالة للمانعين، كما لا يبقى وجه للادعاء بنسخه؛ إذ من المقرر أصوليًا أن لا نسخ مع إمكان التوفيق، وقد أمكن؛ لأن النسخ خلاف الأصل، ولا يثبت إلّا بدليل، ولا دليل.

ج ـ واحتجوا بما روي عن شُريحٍ القاضي قال: «جاء محمدٌ ببيع الحبيس».

ووجه الدلالة، أن الحبيس هو المال المحبوس عن التصرف فيه، وقد كان في الجاهلية أموال محبوسة، كالبحيرة، والسائبة، فجاء النبي ﷺ ببيعها، وإبطال حبسها، فالقول بلزوم الوقف يستلزم مشروعية الحبس، وقد جاء النبي ﷺ بإبطاله، فيكون لزوم الوقف غير مشروع.

= بنوده، وهو الذي نرجحه، على ما قررنا في بحث «الباعث» وأثره في العقود.
غير أن الاتفاق منعقد على أن الباعث غير المشروع محرم ديانة.

(١) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣، من حديث جابر بن عبد الله، بهذا اللفظ، وهو عند ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام».

(٢) «الروضة الندية» لصديق خان: (٢/ ١٦٠)، المطبعة السلفية، وهو شرح لـ«الدرر البهية» للشوكاني.

ومن هنا، لم ينكر شريح «لزوم الوقف» فحسب، بل أنكر أصل مشروعيته أيضاً[١].

ويتجه على هذا الاستدلال ما يأتي:

١ ـ أنا نمنع أن يكون المراد من «الحبيس» ما يشمل الوقف، بل هو خُصوص حبيس الجاهلية، من البحيرة، والسائبة، والوصيلة، والحام، كما ذكرنا، فجاء هذا الأثر مؤكداً لما أبطله القرآن الكريم، ولا علاقة له بالوقف أصلاً، ولا بلزومه، فلا دلالة فيه، ولا يصلح متمسكاً للمانعين.

هذا، وحمل حديث شريح على هذا المعنى متعين، لوجوب التوفيق بينه وبين ما ثبت عن رسول الله ﷺ من مشروعية أصل الوقف ولزومه، فيما روي عنه ﷺ في الكتب الستة، وهي أحاديث مستفيضة، ومنها وقف عمر ﷺ كما علمت.

٢ ـ وأيضاً، الوقف شرعٌ إسلامي، اختص به المسلمون[٢]، ولم يكن معروفاً في الجاهلية، حتى يجيء محمد ﷺ ببيعه وإبطاله؛ إذ البيع والإبطال فرع الوجود.

٣ ـ سلمنا جدلاً أنه شامل للوقف، لكنه رأي صحابي، إذ ليس فيه لفظ النبي ﷺ وقد علمت أن رأي الصحابي ليس بحجة، على الراجح.

---

(١) وجاء في «مقدمات ابن رشد»: ما نصه: «قيل لمالك: إن شريحاً كان لا يرى الحبس (الوقف) فقال مالك: تكلم شريح ببلاده (العراق) ولم يرد المدينة، فيرى آثار الأكابر من أزواج النبي ﷺ وأصحابه والتابعين، من بعدهم، وهلم جرًّا إلى اليوم، وما حبسوا من أموالهم، لا يطعن فيها طاعن، وهذه صدقات (أوقاف) النبي ﷺ سبعة حوائط (بساتين) وينبغي للمرء ألا يتكلم إلّا فيما أحاط به خُبراً».
«المقدمات» لابن رشد، وانظر «البحر الزخار»: (٥/ ١٤٧)، و«الفواكه الدواني»: (٢/ ٢٢٤).
هذا، وعمل أهل المدينة حجة عند الإمام مالك؛ لأنه بمنزلة الحديث المتواتر أو المشهور، فلا يقوى أثر ولا حديث آحادي على معارضة ما استقر عليه أهل المدينة، كما هو مقرر في أصول مذهبه.
وقد روي أن شريحاً القاضي أبطل الأحباس (الأوقاف) في عصر بني أمية، لِمَا اشتملت عليه من المظالم، ومن المقرر أن كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل، هذا من سياسة التشريع، ولكنا نبحث مسألة الوقف ولزومه في الفقه العام الثابت.

(٢) «الفواكه الدواني»: (٢/ ٢٢٤ وما يليها)، و«البحر الزخار»: (٥/ ١٤٧ وما يليها).

د ـ واحتج الطحاوي لأبي حنيفة، أن قوله ﷺ لعمر: «**حبِّس أصلها**»[1] لا يستلزم التأبيد، بل يحتمل أن يكون أراد مدة اختيار الواقف[2] وهو ينافي اللزوم.

ويتجه على هذا، أنه تأويل ضعيف؛ إذ لا يتبادر من إطلاق كلمة «وَقفتُ وحَبَستُ» إلّا التأبيد، والتبادر أمارة الحقيقة، ولا يصار إلى التأويل إلّا بدليل، ولا دليل، بل قام الدليل على تأكيد حقيقة اللزوم والتأبيد، كما رأيت.

يؤكد هذا ما ورد في رواية البيهقي[3] «**حبيس ما دامت السموات والأرض**»[4] وكأنَّه لم يطَّلع عليها.

هـ ـ واحتجوا بأن قوله ﷺ: «**حبِّس أصلها**» مرادٌ به حبس العين الموقوفة على ملك الواقف، أي: حَبِّس أصلها على ملكك، قالوا: والتحبيس على الملك يستلزم عدم اللزوم؛ إذ لم يعهد في الشرع أن تُغلَّ يد المالك عن التصرف في ملكه[5].

ويتجه عليهم أن هذا التفسير خلاف مراد الشارع، فقد جاء في رواية أخرى: «**حَبِّس أصلها، لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث**»[6] وهذا تفسير «لماهية التحبيس»[7] كما ذكرنا، فكان مراد الشارع تحبيس الأصل عن التصرف، لا على الملك، والروايات يفسر بعضها بعضاً، بل هو ما فهمه الصحابة، وطبقوه عملاً في أوقافهم[8].

---

(١) أخرجه الدارقطني: (٤/ ١٩٣).

(٢) «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٦).

(٣) ليست هذه الرواية عند البيهقي بل عند الدارقطني: (٤/ ١٩٢).

(٤) المرجع السابق.

(٥) ستأتي مناقشة هذا الرأي.

(٦) أخرجه الدارقطني: (٤/ ١٩٠).

(٧) «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٦ وما يليها).

(٨) «فتح القدير»: (٥/ ٤٠ ـ ٤١) وهذا الرأي رجحه صاحب «فتح القدير»، وسيأتي القول فيه.
وجاء في «نيل الأوطار» (٦/ ٢٦ وما يليها): ما نصه: «ومن ذلك ـ أي: مما يؤيد مذهب الجمهور القائل باللزوم ـ قوله ﷺ: «**لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث**» فإن هذا منه ﷺ بيان لماهية التحبيس التي أمر بها عمر».

منشأ الخلاف في تفسير حديث وقف عمر ﷺ ومدى قوة الاستدلال به على اللزوم:

ومنشأ الخلاف في الاستدلال بهذا الحديث وعدمه ـ كما ترى ـ هو مدلول كلمة «الحبس».

فالمانعون حملوه على نفي مشروعية الوقف أو لزومه، لِمَا يترتب على القول باللزوم من لوازم، كلها منهي عنها، ومنافية لمقتضى مبادئ الشرع في الملك، ولآيات المواريث.

والقائلون باللزوم حملوه على معان أُخَر، ومن ثَمَّ لم يروا فيه دلالة على منع اللزوم[1].

و ـ احتجوا برواية أوردها ابن قدامة في «مغنيه»، وغيره، أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان، جعل حائطه[2] صدقة، وجعله إلى رسول الله ﷺ فجاء أبواه إلى رسول الله ﷺ فقالا: يا رسول الله، لم يكن لنا عيش إلّا هذا الحائط، فرده رسول الله ﷺ ثم ماتا فورثهما[3].

ووجه الدلالة، أن الوقف لو كان لازماً شرعاً، لما نقضه رسول الله ﷺ ورده إلى أبوي الواقف، وكان إرثاً لوالدهما، بعد وفاتهما. ويجاب عن هذا الاستدلال بما يلي:

١ ـ ليس في هذه الرواية ذكر للوقف؛ لأن الصدقة لا تتعين أن تكون وقفاً، فهو صدقة لا وقف[4] ويحتمل أن صاحب الأذان هذا، قد وَكَلَ إلى رسول الله ﷺ أمر التصدق بثمر هذا البستان على سبيل التبرع به، مدة اختياره، لا على سبيل جعله

---

(١) وهو ما رجحه الإمام ابن الهمام «فتح القدير»: (٥/ ٤٢ وما بعدها)، وهو مذهب المالكية، وستأتي مناقشة هذا الرأي آخر البحث في النقد العام والترجيح.

(٢) الحائط: البستان.

(٣) أخرجه الحاكم: (٣/ ٣٧٩)، والدارقطني: (٤/ ٢٠١)، والبيهقي في «الكبرى»: (٦/ ١٦٣)، وانظر «المغني مع الشرح الكبير»: (٦/ ١٨٦ وما يليها).

(٤) المرجع السابق.

وقفاً لازماً مؤبداً، فرأى رسول الله ﷺ أن أَبَوَيْه أحق الناس بثمرته، فصرفها إليهما، ولهذا لم يردَّها عليه، بل ردها على أبويه.

٢ ـ ويحتمل أيضاً: أن البستان كان لوالديه، فتصرف فيه ولدهما صاحب الأذان هذا، بغير إذنهما، فلم يُجِزهُ[١].

٣ ـ سلمنا أنه وقف، لكن يحتمل أن الرسول ﷺ رأى أن في هذا الوقف ضرراً بالورثة والأقربين، فأبطله لذلك[٢]؛ لأنه من وقف الضِّرار، وليس على وضع المشروعات، كما أسلفنا.

فلا دلالة إذن في هذه الرواية على منع لزوم الوقف، مع هذه الاحتمالات، ولا تصلح متمسكاً للمانعين.

ثانياً: واحتجوا بالأثر عن الصحابة:

١ ـ من ذلك ما أُثر عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لولا أني ذكرت صَدَقتي لرسول الله ﷺ لرَدَدْتُها»[٣].

ووجه الدلالة، أن مؤدَّى هذا الأثر يُشعر بأن الوقف غير لازم؛ إذ قد كان بوسع عمر رضي الله عنه أن يرجع عن وقفه، وينقضه بمحض إرادته، وذلك آية عدم اللزوم، لكنه امتنع عن ذلك، لا لأن الوقف لازم، بل لأنه كره أن يُبرِمَ أمراً في حضرة النبي ﷺ ثم يرجع عنه بعد مفارقته، لفرط مودته للرسول ﷺ ووفائه له، وإذا كان هذا مؤدى كلام عمر، فإنه ينهض بالدلالة على عدم لزوم الوقف[٤].

---

(١) «البحر الزخار»: (٥/ ١٤٧ وما يليها).

(٢) راجع ما أوردناه لك من «الروضة الندية» في هذا الصدد، حيث سمي مثل هذا الوقف «الوقف الطاغوتي» الذي تدفع إليه نية الإضرار بالورثة، مما يفسد معنى القربة فيه، فيكون باطلاً. «الروضة الندية شرح الدرر البهية»: (٢/ ١٦٠).

(٣) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار»: (٤/ ٩٦)، وابن حزم في «المحلى»: (٩/ ١٨١). وانظر «المبدع شرح المقنع»: (٥/ ٣٥٣)، و«المغني»: (٦/ ١٨٦ وما يليها).

(٤) «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٧).

ويجاب عن ذلك، بأن هذا الأثر منقطع؛ لأن الراوي وهو الزهري، لم يدرك عمر.

وأيضاً، هذا رأي صحابي، ولا وزن للرأي في مقام النص، إلّا أن يكون إجماعاً من الصحابة، ولم يقع، بل الذي وقع هو انعقاد الإجماع عملاً على لزوم الوقف، كما رأيت.

هذا، فضلاً عن أن هذا الأثر لا يقوى على معارضة أحاديث الرسول ﷺ الناهضة بلزم الوقف، ولا سيما حديثه في وقف عمر الذي روته كتب السنة الستة.

ثالثاً: واحتجوا بالمعقول:

إن الأدلة التي أتى بها بعض فقهاء الحنفية، من المنقول والمعقول، استدلالاً منهم لمذهب الإمام أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ في مسألة لزوم الوقف، تنصبُّ كلها على أمر واحد، هو: «إثبات بقاء الملك للواقف في العين الموقوفة، وعدم زواله عنه بالوقف».

ذلك، لأنه يرى أنه إذا ثبت بقاء الملك للواقف، انتفى لزوم الوقف، للتلازم[1] بين بقاء الملك وعدم اللزوم، كما أسلفنا.

هذا ما استدلوا به من المنقول، قد قدمناه.

وأما ما استدلوا به من المعقول، فهو كما يلي:

١ ـ أن قطع التصرف في العين الموقوفة، يستلزم زوال الملك عن الواقف، وإلّا بقي الملك مسلوب المزايا والثمرات، وهو «حرية التصرف»، وهذا ليس معهوداً

---

(١) «فتح القدير»: (٥/ ٤٢ وما يليها).
والواقع أن الأئمة الثلاثة: أبا حنيفة وصاحبيه ـ رحمهم الله تعالى ـ يرون هذا التلازم، ومن هنا ذهب أبو حنيفة إلى أن الملك باق للواقف، وأقام الأدلة على ذلك، ليثبت عدم اللزوم خلافاً للصاحبين حيث قالا بخروج العين عن ملك الواقف، ليثبتا اللزوم.
وفي هذا المعنى يقول صاحب «الفتح»: «لاعتقاد الأئمة الثلاثة ـ رحمهم الله ـ التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه». المرجع السابق.

شرعاً؛ إذ الملك ليس حكماً مجرداً، بل شرع لمصلحة المالك أولاً، فكان الملك وما شرع له من مصلحة للمالك مقترنين تشريعاً، وتطبيقاً، نظراً وعملاً، بناء على المبدأ العام، من اعتبار المصالح في الأحكام وأنها معللة بها.

٢ ـ وأيضاً، خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف، لا إلى المالك، يغدو كالسائبة المنهي عنها شرعاً، فكان القول باللزوم المؤدي إلى ذلك منهيًّا عنه أيضاً؛ لأن ما يؤدي إلى المحرم لا يكون مشروعاً، فلزوم الوقف غير مشروع.

هذا، ودليل ثبوت الملك للواقف الذي ينتفي معه اللزوم، ما يلي:

أ ـ انتفاع الموقوف عليهم بالعين الموقوفة زراعة وسكنى، دليل على ثبوت حقوقهم فيها، وثبوت حقوق العباد أثرٌ لبقاء الملك؛ لأن الأصل في الانتفاع أن يكون حقًّا في الملك، أو أساسه الملك، فدل ذلك على أن الملك في الموقوف باق ببقاء هذه الحقوق. لا خلاف بيننا على أن ليس لأحد ملك في الموقوف لغير الواقف من الناس[1]، فوجب أن يكون هو المالك، وثبوت الملك للواقف يستلزم حريته في التصرف فيه شرعاً، وهذا ينافي اللزوم، لما بينا أن الملك الصوري في الإسلام غير مشروع.

ب ـ وأيضاً، للواقف ولاية خاصة في تعيين النُّظار والقُوَّام، وعزلهم، وتوزيع الغلة على شرطه، ولم يثبت أنه استمد هذه الولاية الخاصة من غير ملكه، إذن أساسها ملكه الثابت، وإذا ثبت بقاء الملك في الموقوف، انتفى لزوم الوقف، للتلازم، وكانت له حرية التصرف فيه، وحرية التصرف تنافي اللزوم.

وهذا ما أفاده صاحب «الفتح» بقوله: «إن حقوق العباد لم تنقطع عنه[2]، حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف، وتَعلُّق حقوق العباد بالعين أَثَر ثبوت

(١) في هذا نظر، فإن الحنابلة يرون أن الملك في الموقوف ينتقل إلى الموقوف عليهم، فكيف يقول: لا خلاف بيننا؟ إلّا أن يقال: قبل إنشاء الوقف.

(٢) عن الموقوف.

ملكهم فيها، على ما هو الأصل، فإما أن يكون الملك لغير الواقف، أو له، واتفقنا على أنه لا يكون ملكاً لغيره من العباد، فوجب أن يكون ملكاً للواقف»[١].

والنتيجة، أنه إذا ثبت الملك للواقف، انتفى لزوم الوقف، وجاز له التصرف فيه بجميع الوجوه المشروعة.

ثم يمضي صاحب «الفتح» في الاستدلال على ثبوت الملك للواقف بقوله:

«بنصب القوام، وصرف غلاته، بحسب الأصل، يكون عم ملكه، إلّا أن يوجب موجِب لا مردَّ له خروجَه[٢] عن ملكه، وأنَّ تصرفه بولاية غير الملك، ولم يثبت ذلك»[٣].

والنتيجة: أن ثبوت ولايته الخاصة مردُّها ملكه، فدل ذلك على بقائه للواقف، وبقاء الملك للواقف ينافي لزوم الوقف.

فإن قال قائل: إن الحنابلة يقولون بانتقال الملك إلى الموقوف عليه[٤]، والمالكية يرون بقاء الملك للواقف، فكان مقتضى ما ذكرتم أن يثبت حق التصرف بجميع وجوهه، لمن يثبت له حق الملك، للتلازم بينهما، لكن أحداً منهم لم يقل بذلك، بل قالوا باللزوم، وقطع التصرف.

ويجاب عن هذا، بأن المالكية والحنابلة لا يرون ما رآه أئمة الحنفية الثلاثة من التلازم بين ثبوت الملك وعدم اللزوم، ولذا قالوا بلزوم الوقف، وقطع التصرف عن المالك في الوقف نفسه، سواء أكان هو الواقف، أم الموقوف عليه.

---

(١) «فتح القدير»: (٥/ ٤٢).

(٢) مفعول به ليوجب.

(٣) المرجع السابق.

(٤) ولو قال الحنابلة بالتلازم بين ثبوت الملك وحرية التصرف، للزمهم القول بأن الوقف يصبح تسبيلاً للأصل والمنفعة، وهو خلاف النص، لذا قالوا: إن الموقوف عليهم، وإن انتقل إليهم الملك، لكن مع قطع التصرف. غير أنه يرد عليهم صورية الملك، وهذا ما ليس بوسعهم رده أو تسويغه. جاء في «المبدع» (٥/ ٣٢٩): «لا يقال: عدم ملكه التصرف فيها ـ في العين ـ يدل على عدم ملكه لها؛ لأنه ليس بلازم».
والنتيجة أن قطع التصرف في العين قد يثبت للمالك، على الرغم من ثبوت ملكه فيها، كالموقوف عليه، في اجتهادهم.

ج ـ واستدلوا من المعقول أيضاً على بقاء الملك للواقف، ليثبتوا عدم اللزوم، بأن الوقف لا ينقطع فيه أجر الواقف بموته، بالنص[١]، ولا ريب أن استمرار الأجر بالصدقة لا يتم للواقف إلّا إذا كان مالكاً للعين التي يتصدق بريعها؛ إذ لا صدقة لأحد فيما لا يملك.

ويجاب عن هذا، بأن أصل الأجر يثبت بوقف أصل الملك، ابتداءً، لكونه قربةً لله عز وجل، لكن استمرار الأجر بعد الموت منوط بجريان المنفعة المُتَصدَّق بها، بالنص، وهذا يعتمد وجود العين وقفاً لا ملكاً.

أو بعبارة أخرى: استمرار الأجر منوط باستمرار العين وجوداً ونفعاً، ووقفاً، لا باستمرارها، بنص الحديث «صدقة جارية»، ولا مِرّية أن استمرار العين وقفاً، هو اللزوم، فلا تلازم إذن بين استمرار الأجر، وبقاء الملك للواقف، بل يستلزم استمرار الأجر جريان الصدقة بوجود العين وقفاً، فلا دلالة لهم في هذا الدليل على بقاء الملك للواقف.

يدل على هذا أيضاً، حديث وقف عثمان بئر «رومة» إذ انقطع ملكه عنها، وسلطانه عليها، وأصبح دلوه فيها كدلاء المسلمين، صدقةً لا ملكاً[٢].

ومما يدل أيضاً على زوال ملك العين عن الواقف، انقطاع ولايته الخاصة على الوقف، إذا لم يشترط ذلك له في صلب العقد، ويصبح أجنبيًّا عن الوقف كسائر المسلمين[٣].

د ـ واستدلوا بالقياس الفقهي فقالوا: كلام أبي حنيفة[٤] قوي من حيث المعنى

(١) وهو حديث أبي هريرة مرفوعاً: «إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلّا من ثلاث: صدقة جارية... الحديث» [أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة].

(٢) أخرجه الترمذي: ٣٧٠٣، والنسائي: (٦/ ٢٣٥)، وأحمد: ٥٥٥، من حديث عثمان بن عفان، وإسناده حسن. واحتج بهذا الحديث من يقول بالوقف على النفس، أو صحة اشتراط انتفاع الواقف بالوقف مدى حياته.

(٣) «المبدع» لابن مفلح الحنبلي: (٥/ ٣١٢ ـ ٣٢٩)، و«فتح القدير»: (٥/ ٤٢).

(٤) أي: في عدم لزوم الوقف.

ـ القياس الفقهي ـ لأن الوقف هو التصدق بالمعدوم، بل هو التصدق بالمعدوم على المعدوم، أي على الأجيال الخالفة.

والنتيجة، أنه لا يصح أصلاً ولا لزوماً، قياساً، لكنه أُجيز بالنص استثناءً من حيث أصل مشروعيته، لا من حيث لزومه، تفادياً للوازم المنهي عنها.

ويجاب عن هذا، بأن لا قياس في مورد النص، بل في موارد النصوص والآثار المستفيضة التي أجمعت عليها الأمة.

مناقشة أدلة المعقول للمانعين:

١ ـ يتجه على المانعين في دليلهم الأول، أنا نمنع التلازم بين بقاء الملك، وعدم اللزوم، وهو ما ذهب إليه جمهور المالكية والحنابلة[١].

هذا، وقد رجح الانفكاك من أئمة الحنفية صاحب «فتح القدير»، إذ يقول: «لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوماً لعدم لزومه، صدقة أو برًّا، وليس كذلك، بل هما منفكان»[٢].

وعلى هذا، فما أجهد به بعض فقهاء الحنفية أنفسهم، استدلالاً لإمامهم، في إثبات دعواه «بقاء الملك للواقف» ليثبتوا عدم اللزوم، لا يفيدهم، لما ذكرنا من الانفكاك.

٢ ـ ويرد عليهم[٣] في تنظير الوقف بالسائبة، أثراً لخروج الملك عن الواقف لا إلى مالك، أنه لا يستقيم، لما بينهما من الفوارق، مقصداً ونظاماً، وأثراً، مما جعل التسبيل يغاير التسييب، بل ينافيه[٤]؛ لأن معنى التسبيل ينقض كل معنىً للتسييب[٥].

---

(١) جاء في «المبدع» (٥/ ٣٢٩): لا يقال: عدم ملكه التصرف فيها ـ في العين الموقوفة ـ يدل على عدم ملكه لها؛ لأنه ليس بلازم.

(٢) «فتح القدير»: (٥/ ٤٣). (٣) «فتح القدير»: (٥/ ٤٣).

(٤) يقصد بالورود: توجه الاعتراض والنقد.

(٥) المغايرة لا تستلزم المنافاة، والمنافاة هي المضادة والمناقضة. جاء في «المبدع»: (٥/ ٣١٣): «ومرادهم بتسبيل المنفعة، أن يكون على بِرٍّ أو قُربة»، هذا تفسير للتسبيل الوارد في نص حديث وقف =

أ ـ أما من حيث المقصد ـ وبه يَحِلُّ التصرف ويحرم[(١)] ـ فالوقف من أعظم القربات إلى الله تعالى، وتلك أثر لعقائد فاسدة، وأوهام جاهلية ترتد في أصلها إلى الوثنية.

ب ـ الوقف تشريع ونظام دقيق، فضلاً عما يهيمن عليه من إشراف موصول، يقوم به القوَّام والنظَّار والقضاء، بل وتقوم بشؤونه الوزارات والمديريات، وليس كذلك التسييب.

ج ـ وأما من حيث الأثر، ففي التسييب قطع للانتفاع بأنواع معينة من الأنعام بلحومها، ونِتاجها، وأوبارها، وركوبها، لأسباب غير معقولة، وفي هذا تضييع للنعمة، وللمال الذي خلق مُعدًّا للانتفاع، وفي الوقف رصد للعين، وتسبيل لمنفعتها للبر والخير العام، قربةً لله عز وجل، على سبيل التأبيد.

فالتسييب مضادٌّ للوقف من كل الوجوه، فكيف يسوغ للمانعين عقد المشابهة[(٢)] بينهما قياساً، ليتحدا حكماً؟!

= عمر: «حَبِّس الأصل، وسَبِّل المنفعة» [أخرجه الشافعي في «مسنده»: (١/ ٣٠٨)، والدارقطني: (٤/ ١٩٣)، والبيهقي في «الكبرى»: (٦/ ١٦٢)، بلفظ: «وسبل الثمرة»].

(١) القصد روح العقد، مصححه ومبطله. «إعلام الموقعين»: (٣/ ٨٢).

(٢) ومما ينفي أصل المشابهة، أن الوقف ـ على ما سيأتي بيانه ـ شخصية اعتبارية، استقر تصورها في أذهان المجتهدين، بدليل ما صدر عنهم من أحكام فقهية تتعلق بالوقف، لا يمكن تخريجها إلّا على أساس وجود هذه الشخصية الاعتبارية، فتسند إليها ملكية العين؛ لأنها ذات ذمة مستقلة عن الواقف، والموقوف عليهم، فلا وجه حينئذ للقول بأن العين الموقوفة تخرج عن ملك الواقف لا إلى مالك، فتكون كالسائبة!!

وحتى على فرض خروجها لا إلى مالك، فإن العِبرة بمآلها، فالعين يكفلها نظام وإشراف، وقضاء، بل ووزارة ومديريات، يفوق ما للمالك من عناية في ملكه؛ إذ ليس مجرد خروج العين لا إلى مالك يجعلها كالسائبة على الإطلاق، فإن صح ذلك في حالة عدم انتمائها إلى ملك فردي، فلا يصح في حالة انتمائها إلى شخص اعتباري، يكفل حمايتها وتنظيم الانتفاع بها، وحسن استغلالها، والإشراف عليها إشرافاً دقيقاً بموجب سجلات ووثائق، على النحو الذي بينا.

ولعل هذا التصور الفقهي للوقف عند القدماء، منشؤه صدى البيئة في عصرهم؛ إذ لم يكن الوقف يحظى بمثل هذا التنظيم الذي حدث فيما بعد.

وإذا اتضح الفرق الشاسع بين التسبيل والتسييب فقهاً، وواقعاً تاريخيًّا، فإن ما يترتب على هذا التنظير الفاسد من القول بعدم اللزوم، باطل؛ إذ النتيجة تبطل ببطلان مقدمتها.

٣ ـ يتجه على المانعين أيضاً، أن ليس مجرد خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف لا إلى مالك، يجعلها كالسائبة، ألا ترى إلى «المسجد» يزول ملكه عن واقفه، من غير أن يدخل في ملك أحد من الناس، ويلزم مؤبداً بالإجماع(١)؟ ولم يقل أحد: إنه من السائبة، بل يصبح لله عز وجل، فكذلك الوقف في غير المسجد، لاتحاد القربة، فقياس الوقف على المسجد أولى من قياسه على السائبة؛ لأنه على الأخيرة مع الفوارق.

فإن قال قائل: إن «المسجد» يتعلق به حق الله تعالى خالصاً، بعبادته وإقامة شعائر دينه فيه، ولا ينتفع به على النحو الذي ينتفع بأعيان الوقف الأخرى، من الزراعة، والسكنى، وما إلى ذلك، مما يتعلق به حق العباد ومصالحهم في الدنيا انتفاعاً(٢).

ويجاب عن ذلك بما كنا قد أشرنا إليه آنفاً، من أنه يستوي في ميزان الشرع المصالح الأخروية، والمصالح الدنيوية، أو على حد تعبير الإمام السرخسي: مصالح المعاش، ومصالح المعاد، في الاعتبار والحكم، فأعيان الوقف والمسجد سواء، من حيث زوال الملك، واللزوم والتأبيد، ما دامت العلة الجامعة واحدة، وهي كونها قربة إلى الله تعالى.

والتقرب إلى الله تعالى يتحقق بمصالح الآخرة والأولى على السواء(٣).

بل يرى الإمام محمد بن الحسن أن حكم لزوم الوقف في الأعيان أولى منه في المسجد(٤).

---

(١) «الفواكه الدواني»: (٢/ ٢٢٤)، و«فتح القدير»: (٥/ ٤٠ وما يليها)، و«المبدع»: (٥/ ٣١٩ وما يليها)، و«المغني مع الشرح الكبير»: (٦/ ١٨٦)، و«نيل الأوطار»: (٦/ ٢٤ وما يليها).

(٢) «المبسوط»: (٥/ ٢٩). وهذا ما استدل به المجيزون في إثبات قضية اللزوم.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

ويحكي الإمام السرخسي عن الإمام محمد بن الحسن، استدلاله على اللزوم في أعيان الأوقاف بالمسجد، فيقول: «ثم استدلَّ[1] بالمسجد، فقال: اتخاذ[2] المسجد يلزم بالاتفاق، وهو إخراج لتلك البقعة[3] عن ملكه[4]، من غير أن يدخل في ملك أحد، ولكنها تصير محبوسة بنوع قُربةٍ قصدها[5]، فكذلك في الوقف»[6].

ثم يَخْرُج الإمام السرخسي بمبدأ عام حيث يقول:

«وبهذا يتبين: أنه ليس من ضرورة الحبس عن الدخول في ملك الغير[7]، امتناع خروجه عن ملكه»[8].

أي: فلا يلزم من عدم دخول العين الموقفة في ملك أحد[9]، وجوب إبقائها على ملك الواقف، بل تخرج العين من ملكه إلى حكم ملك الله تعالى وقفاً لازماً.

ومفاد هذا، أن الاتجاه واضح في منع دخول العين الموقوفة في الملك الفردي ولو صوريًّا عند جمهور الحنفية، ونظير ذلك المسجد.

على أن الإمام السرخسي يؤصِّل مبدأ آخر من مبادئ التشريع، وهو استواء

---

(١) أي: الإمام محمد بن الحسن.

(٢) يقصد وقف المسجد.

(٣) أي: الأرض التي بني عليها المسجد.

(٤) ملك الواقف.

(٥) وهذه هي العلة الجامعة بين الوقف والمسجد.

(٦) أي: أعيان الأوقاف التي رُصدت على جهات البر العام، للانتفاع بها زراعة وسكنى، وما إلى ذلك من المصالح الدنيوية، كالمقابر لموتى المسلمين، والقناطر، والمدارس، والمشافي.

(٧) أي: من الناس.

(٨) عن ملك الواقف.
راجع في كل ما تقدم: «المبسوط»: (١٢/٢٩ وما يليها).

(٩) ينبغي أن ندرك دقة التعبير في قوله: «إلى حكم ملك الله تعالى» ولم يقل: إلى ملك الله تعالى؛ لأن النسبة إلى ملكه تعالى تفيد انقطاع ملك الآدمي عنه، وحكم ذلك أو مقتضاه عدم جواز التصرف فيه تمليكاً، بعوض أو بغير عوض، أو بالإرث، وهو اصطلاح فقهي يطابق في مضمونه ـ والعبرة بالمضمون ـ ما يطلق عليه اليوم من الشخصية الحكمية المستقلة، كالمسجد، وسيأتي تفصيله.

مصالح الدنيا والآخرة من حيث الاعتبار والحكم، بقوله: «ثم للناس حاجة إلى ما يرجع إلى مصالح معاشهم ومعادهم، فإذا جاز هذا النوع من الإخراج[١] والحبس، لمصلحة المعاد، فكذلك لمصلحة المعاش، كبناء الخانات، والرباطات، واتخاذ المقابر»[٢].

ثم يرى الإمام أحمد أن وقف الأعيان أولى باللزوم من المسجد، فيما يحكيه عنه الإمام السرخسي بقوله:

«ولو جاز الفرق بين هذه الأشياء[٣]، لكان الأولى أن يقال: لا يلزم المسجد، وتلزم المقبرة، حتى لا تُورث، لما في النبش[٤] من الأضرار والاستبعاد عند الناس»[٥].

وعلى هذا، انهار الفارق الذي ادعاه المانعون بين وقف الأعيان، ووقف المسجد، فالكل سواء، وأنه لا ضرورة لبقاء العين على ملك الواقف، بل تخرج لا إلى مالك من الناس، ويلزم الوقف مؤبداً كالمسجد سواء بسواء، بل الوقف أولى من المسجد باللزوم على ما يرى الإمام محمد، مخالفاً بذلك مذهب إمامه أبي حنيفة، إمام المانعين.

٤ ـ ويتجه أخيراً على الحنابلة[٦]، فيما استدلوا به على انتقال الملك للموقوف عليهم، بثبوت حق الانتفاع لهم، بأنه منقوض بالعارِيَّة، فالمستعير ينتفع بالعين ولا يملكها، فلا يطَّرد هذا الضابط.

وعلى هذا فيثبت حق الانتفاع دون ملك للعين المنتفع بها.

---

(١) الإخراج عن ملك الواقف، وهو المسجد، بدليل قوله بعد ذلك: لمصلحة المعاد.

(٢) «المبسوط»: (١٢/٢٩ وما يليها). هذا وقد أشرت إلى هذا النص في أكثر من موضع لأهميته القصوى.

(٣) أي: بين أعيان الوقف، والمسجد.

(٤) أي: نبش قبور الموتى، وإخراجهم منها إذا رجع الواقف عن وقفه، على فرض عدم اللزوم.

(٥) المرجع السابق.

(٦) «المبدع»: (٥/ ٣١٣ و٣٢٩).

وأما ما يثبت للواقف من ولاية خاصة، فذلك إنما يكون أثراً لملكه للعين الموقوفة، إبّان الوقف، ووقت إنشائه، وبالشرط، كما أشرنا، ولا يشترط لبقاء هذه الولاية الخاصة للواقف ديمومة ملكه في الموقوف، بعد الوقف، وإلّا كان الوقف بلا أثر، فاستمرار الولاية الخاصة المشروطة للواقف أثرٌ للعقد لا للملك، بحكم الشرع؛ لأن قوة الإلزام إنما تستمد من الشارع، لا من محض الإرادة الإنسانية.

أدلة القائلين باللزوم ومناقشتها:

أولاً ـ استدلوا بالسنة المستفيضة، والإجماع العملي، والمعقول:

أما السنة، فقد ثبت بها لزوم الوقف قولاً وعملاً، واستفاضت، بحيث إنها تكاد تبلغ مبلغ القطع.

أ ـ أما السنة القولية، فأهمها حديث وقف عمر رضي الله عنه وهو أصل[1] في لزوم الوقف، ونصٌّ فيه[2]، وقد أوردناه في معرِض الاستدلال على أصل مشروعية[3] الوقف أيضاً.

ووجه الدلالة، أن ماهية الحبس[4] (الوقف) بَيّنها الرسول ﷺ بالشرط الصريح،

---

(١) يقصد بالأصل هنا الدليل.

(٢) ويقصد بكون الحديث نصًّا في موضوع اللزوم، أنه صريح فيه، وسيق للدلالة على معنى اللزوم على وجه الخصوص والأصالة. راجع كتابنا: «أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي»: ص٨٧ ـ ص٩٠.

(٣) ورد هذا الحديث في «الصحيحين»، وسائر الكتب الستة، انظر «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٤ وما يليها)، و«المغني الكبير»: (٦/ ١٨٥ وما يليها)، و«فتح القدير»: (٥/ ٤٢ وما يليها)، و«نهاية المحتاج»: (٥/ ٣٥٥)، و«البحر الزخار»: (٥/ ١٤٧ وما يليها)، و«الفواكه»: (٢/ ٢٢٤ وما يليها)، و«المبسوط»: (١٢/ ٣٠ وما يليها)، و«المبدع»: (٥/ ٣١٢)، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (٤/ ٩٥).
هذا، وقد روي الحديث بروايات مختلفة، وألفاظ متقاربة، يفسر بعضها بعضاً. وجاء في «المبدع»: «الوقف عقد لازم، أي: يلزم بمجرد القول ـ بالصيغة المنشئة ـ لأنه تبرع يمنع البيع والهبة» فلزم بمجرده، كالعتق، وقال في «التلخيص» وغيره: حكمه اللزوم في الحال، أخرجه مُخْرَج الوصية، أم لم يُخْرِجه، حكم به حاكم أو لا، لقوله عليه السلام: «**لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يورث**» قال الترمذي: «العمل على هذا الحديث عند أهل العلم، وإجماع الصحابة على ذلك». (٥/ ٣٥٢ ـ ٣٥٣).

(٤) في قوله ﷺ لعمر: «**إن شئتَ حَبَّستَ أصلها**».

من قوله: «**غير أنه لا يُباع أصلُها**[١]، **ولا تُوهب، ولا تُورث**» وهي المنع من التصرف تمليكاً، بالنسبة لأيٍّ كان، لا بالنسبة للواقف فحسب، لإطلاق النص، والمنع من انتقالها بالإرث أيضاً، حتى لا يرد عليها الملك الفردي، حالاً أو مآلاً، كما ذكرنا، وهذا يستلزم اللزوم، وعدم جواز النقض؛ إذ لو كان الوقف غير لازم، لجاز التصرف فيه، والتصرف في الوقف دليل الرجوع فيه، وهو ينافي اللزوم.

أما عدم جواز الانتقال بالإرث، فقد جاء نص الحديث فيه صريحاً «**لا يورث**».

ومفاد هذا أن الوقف لازم لزوماً مؤبداً.

فالتحبيس إذن منصب على التصرف، بصريح الشرط، وقصد الشارع فيه بيِّن، فلا يقال إذن: إن المقصود هو حبس العين الموقوفة على ملك الواقف، حتى لا تخرج عن ملكه بالوقف[٢] على ما ذهب إليه بعضهم.

يدلك على هذا، أن عمر ﷺ امتثل لواقع ما أمر به الرسول ﷺ من صريح الشرط، فأدرجه في وقفه، وأشهد عليه كبار الصحابة، ثم تتابع الصحابة في أوقافهم على النهج الذي سار عليه عمر، دون نكير من أحدهم، ولم يثبت أن أحداً منهم قد رجع عن وقفه، أو تصرف فيه، فكان إجماعاً عمليًّا على لزوم الوقف، كما أسلفنا.

٢ ـ وقف عثمان ﷺ بئر (رومة) بعد أن حث عليه الرسول ﷺ بما بشَّر به من جزاء في الجنة، فجعلها[٣] عثمان للمسلمين وقفاً، فصار دلوُه فيها كدلاء المسلمين، استجابة لدعوة الرسول ﷺ «**من يشتري بئر رومة، فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين، بخيرٍ له منها في الجنة؟**»[٤].

---

(١) أصل المنفعة أو الثمرة، وهي العين الموقوفة.

(٢) تأييداً لمذهب أبي حنيفة. «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٤ وما يليها).

والأرض التي وقفها عمر ﷺ كان قد أصابها في خيبر سهماً في الغنيمة، وتسمى «ثَمَغ» بفتح الميم ـ وقيل: بسكونها ـ وهي من أنفس ما أصاب. المرجع السابق ص٢٤ ـ ٢٥، و«رد المحتار»: (٤/ ٣٣٨)، و«البدائع»: (٦/ ٢١٨).

(٣) أوردنا الحديث في معرض الاستدلال على مشروعية أصل الوقف.

(٤) أخرجه الترمذي: ٣٧٠٣، والنسائي: (٦/ ٢٣٥)، وأحمد: ٥٥٥، من حديث عثمان بن عفان، وإسناده حسن. وانظر «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٥ وما يليها).

ووجه الدلالة، أن عثمان رضي الله عنه قد وقف بئر رومة بعد شرائها، لينتفع بها المسلمون أبداً، بدليل أن دلوه فيها أصبح كدلاء المسلمين، ينتفع بها صدقةً لا ملكاً، فدل ذلك على خروجها عن ملكه، ولزومها، وأقره الرسول ﷺ بل حثَّه على ذلك.

وأيضاً، لو لم يكن وقفها لازماً، لما خرجت عن ملكه، ولَمَا فقد سلطانه عليها، ولما استحق المثوبة عيناً في الجنة، عوضاً عنها.

فدل ذلك على أن الوقف قربةٌ لله عز وجل، لازمة، مؤبدة، ولم يثبت أن عثمان رضي الله عنه قد رجع عن وقفه هذا، بدليل أن هذه البئر لا تزال آثارها شاخصة إلى اليوم، يزورها كثير من الحجاج كل عام، كما أشرنا.

٣ ـ عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: **«إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلّا من ثلاثة أشياء: صدقة جارية، أو علم يُنتفع به، أو ولدٍ صالح يدعو له»**[(١)].

ووجه الدلالة، أن «الصدقة الجارية» هي «الوقف» كما فسرها العلماء، وجريان الصدقة يدل على اللزوم؛ إذ لو كان غير لازم، لكان صدقة منقطعة لا جارية، والحديث وصفها بعدم الانقطاع[(٢)].

ب ـ وأما السنة الفعلية، فقد ثبت أن النبي ﷺ وقف حوائط سبعة[(٣)].

---

(١) أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة. وانظر «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٤).

(٢) هذا، والصدقة الجارية وإن كان يدخل في معناها الوصية بالمنافع، إلّا أنها نادرة، ودلالة جريان الصدقة على اللزوم دلالة إشارية؛ إذ جريان الصدقة يستلزم عقلاً عدم الرجوع في الوقف، وهذا هو اللزوم.

وأيضاً، قد روى ابن ماجه: ٢٤١، حديثاً مرفوعاً في معنى حديث أبي هريرة السابق، وهو حديث أبي قتادة: **«خير ما يُخلِّيه الرجل بعده ثلاث: ولدٌ صالح يدعو له، وصدقةٌ تجري يبلغه أجرها، وعلمٌ يعمل به من بعده»**.

وأيضاً، حديث طلحة في وقفه «بَيْرحاء» [أخرجه البخاري: ١٤٦١، ومسلم: ٢٣١٥، وأحمد: ١٢٤٣٨، من حديث أنس بن مالك]، و«وقف خالد بن الوليد سلاحه وأعتاده في سبيل الله [أخرجه البخاري: ١٤٦٨، ومسلم: ٢٢٧٧، وأحمد: ٨٢٨٤، من حديث أبي هريرة]، وغير ذلك كثير. وانظر المرجع السابق.

(٣) «الفواكه الدواني»: (٢/ ٢٤ وما يليها)، و«البحر الزخار»: (٥/ ١٤٧ وما يليها).

ثانياً ـ إجماع الصحابة عملاً:

ووجه الدلالة، أن الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ قد تابعوا عمر ﷺ في أوقافهم عملاً، وعلى وفق الشرط الصريح في اللزوم، امتثالاً لما أمر به النبي ﷺ من المنع من التصرف في رقبة العين، تمليكاً حال حياة الوقف، ومن الانتقال بالإرث، بعد وفاته، بل المنع من التصرف من قِبَلِ أيٍّ كان، لإطلاق النص، فكان هذا الشرط الصريح ـ وهو مناط الدلالة على اللزوم ـ أساساً لأوقاف الصحابة، ولم يثبت ـ واقعاً تاريخيًّا ـ أن أحداً من هؤلاء الصحابة الأجلاء قد نقض وقفه، أو رجع عنه، فكان ذلك إجماعاً على اللزوم والتأبيد عملاً، وفاضت الآثار بتأكيد ذلك.

فقد روي عن جابر بن عبد الله، قال: «ما أعلم أحداً كان له مال، من المهاجرين والأنصار إلّا حبس من ماله، صدقة مؤبدة، لا تُشترى أبداً، ولا توهب ولا تورث»[(١)].

وقال الترمذي: «لا نعلم بين الصحابة والمتقدمين من أهل العلم، خلافاً في جواز وقف الأرضين»[(٢)].

وقال القرطبي: «رادُّ الوقف، مخالف للإجماع، فلا يُلتفت إليه»[(٣)].

وحكى الطحاوي عن أبي يوسف، أنه قال: «لو بلغ أبا حنيفة ـ أي: الدليل من إجماع الصحابة عملاً ـ لقال به»[(٤)] أي: باللزوم.

هذا، وقد وجه المانعون على الاستدلال بالسنة والآثار المستفيضة من قبل القائلين بلزوم الوقف، أنها محمولة على ما وقع قبل نزول سورة النساء ـ آيات

(١) «الإسعاف» للخصاف ص١٨، و«المغني مع الشرح الكبير»: (٦/ ١٨٥ وما يليها)، و«نيل الأوطار»: (٦/ ٢٥ وما يليها). وفي رواية أخرى عن جابر، قال ﷺ: «لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة، إلّا وقف». «المبدع شرح المقنع»: (٥/ ٣١٢).

(٢) «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٥ وما يليها).

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق، و«البحر الرائق» لابن نجيم: (٥/ ٢٠٩)، و«المبسوط»: (١٢/ ٣١).

المواريث[١] ـ أو أنها محمولة على ما كان مضافاً إلى ما بعد الموت، وعلى هذا فلا دلالة على اللزوم.

ويجاب عن ذلك، بأن إنشاء الأوقاف من قِبَلِ الصحابة استمر حتى وفاة النبي ﷺ ولم ينكر عليهم ذلك، فثبت أنه شرع دائم، ثم استمر بعد ذلك عبر القرون عملاً إلى يومنا هذا.

وأما تأويل هذه الآثار بأنها محمولة على ما كان مضافاً إلى ما بعد الموت[٢]، فتأويل بعيد مُسْتكرَه، لصراحة الأحاديث في الوقف، حال الحياة، وعلى وجه اللزوم والتأبيد، ولو لم يكن إلّا حديث (وقف عمر) «في الصحيحين» وسائر الكتب الستة، (ووقف عثمان)، رضي الله عنهما، لكفى ذلك دليلاً، فضلاً عن الإجماع العملي.

هذا، ووجَّه المانعون اعتراضاً أيضاً على مناط استدلال القائلين باللزوم، وهو الشرط الصريح في وقف عمر، والذي اتخذه الصحابة من بعده أساساً لأوقافهم، أن هذا الشرط الصريح في وقف عمر، والذي اتخذه الصحابة من بعده أساساً لأوقافهم، أن هذا الشرط في قوله: «غير أنه لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث» مصدره عمر نفسه، لا الشارع، بدليل إسناده إلى عمر في بعض الروايات، فوجب العمل به على أنه «شرط الواقف»، احتراماً لإرادته فيما يتصرف في ملكه، كما تُحترم إرادة الموصي في وصيته، فكان اللزوم والتأبيد في وقف عمر، أثراً لشرط الواقف، لا عملاً بنص الشارع.

ويجاب عن ذلك: أنا أوردنا من الروايات المختلفة لهذا الحديث ومن «الصحيحين» ما يفيد صراحة أن الشرط إنما كان مصدره المشرع نفسه، بياناً لماهية التحبيس، والمنع من التصرف والإرث، وقد أمر النبي ﷺ عمر، وامتثل رضي الله عنه لهذا الأمر الواقع من الرسول عليه السلام.

وبذلك يدفع اللَّبس الذي نشأ من إسناد بعض الرواة الشرط إلى عمر رأساً، لما

---

(١) «التحفة» لابن حجر: (٦/ ٣٣٦)، و«فتح القدير»: (٥/ ٤٢)، و«المحلى» لابن حزم الأندلسي.

(٢) وعندئذ تلزم؛ لأنها تخرج مخرج الوصية، فتلزم إجماعاً بناء على ذلك، لا على أساس لزوم الوقف.

قلنا، من أنه إنما كان امتثالاً لأمر الشارع، لا إنشاء للشرط بمحض إرادة الواقف، وبذلك يتم التوفيق بين الروايات المختلفة، ولا منافاة[١].

وفي هذا المعنى يقول الإمام الشوكاني: «ولا منافاة؛ لأنه يمكن الجمع، بأن عمر شرط ذلك الشرط بعد أن أمره النبي ﷺ، ومنهم من وقف على عمر، لوقوعه منه، امتثالاً للأمر الواقع منه ﷺ»[٢].

ثالثاً ـ استدلالهم بالمعقول:

استدلوا بقياس الوقف على المسجد، فقالوا: «اتخاذ المسجد وقفاً، يلزم مؤبداً بالاتفاق، وهو إخراج البقعة (الأرض) التي شُيِّد عليها المسجد، عن ملك الواقف، من غير أن تدخل في ملك أحد من الناس، ولكنها تصير محبوسة بنوع قربة قصدها، فكذلك الوقف»[٣].

فالحكم، خروج العين عن ملك الواقف، لا إلى مالك من الناس[٤]، ولزوم الوقف مؤبداً، والعلة الجامعة هي قصد القربة إلى الله تعالى.

---

(١) في رواية البيهقي في «الكبرى»: (٦/ ١٦٠)، وأخرجه الدارقطني: (٤/ ١٨٧): **«تصدَّق بثمره، وحبِّس أصله، لا يباع ولا يوهب، ولا يورث»** وهذا ظاهر أن الشرط من كلام النبي ﷺ.

وكذلك في رواية: **«تصدق بأصله، لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث»** [أخرجه الدارقطني: (٤/ ١٩٠)] إذ النص صريح في أن الشرط مصدره الشارع.

هذا، والتصدق بالأصل يفيد الخروج من ملك الواقف، إلى حكم ملك الله تعالى، فنتج عن ذلك أن تحبيس الأصل مراد به خروج العين عن الملك، وعدم جواز التصرف فيها تمليكاً؛ لأن رواية **«تصدق بأصله»** يفيد هذا، وليس التصدق بالأصل هنا مراد به ظاهره، إذ يلزم من ذلك أن الواقف يتصدق بالأصل والثمرة معاً، أي: تسبيلاً لهما، ولم يقل بذلك أحد؛ لأنه خلاف النص، فحمل على الخروج عن الملك وقفاً.

وفي رواية أخرى: **«حبِّس الأصل، وسبِّل المنفعة»** [أخرجه الشافعي في «مسنده»: (١/ ٣٠٨)، والدارقطني: (٤/ ١٩٣)، والبيهقي في «الكبرى»: (٦/ ١٦٢)، من حديث ابن عمر بلفظ: «... وسبل الثمرة»] فكان تفسيراً للتصدق بالأصل، وهو الخروج عن الملك مع المنع من التصرف تمليكاً، وهذا هو الوقف اللازم.

(٢) «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٥ وما يليها).

(٣) «المبسوط»: (١٢/ ٢٨ وما يليها)، نفياً للاختصاص الفردي أو الملكية الشخصية.

(٤) انقطع عنه اختصاص الآدمي.

فإن قال قائل: إن هذا القياس مع الفارق؛ لأن المصلحة في المسجد أُخروية خالصة؛ إذ العبادة وإقامة الشعائر فيه حق خالص لله عز وجل، وليس كذلك غيره من الأوقاف، بدليل ثبوت حقوق العباد فيها، زراعة وسكنى وغير ذلك من وجوه الانتفاعات والمصالح الدنيوية، وليس كذلك المسجد.

وهذا، ما قرره صاحب «الفتح» بقوله: «وحاصله ـ حاصل الفرق ـ أن المسجد جُعل لله تعالى على الخلوص، محرراً من أن يَملك العباد فيه شيئاً غير العبادة فيه، وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق أجمعين، أصلُه الكعبة، والوقف غير المسجد... بل ينتفع به ـ الوقف ـ بعينه، زراعة وسكنى وغيرهما، كما ينتفع بالمملوكات، وما كان كذلك ليس كالمسجد»[١].

ويجاب عن هذا، بأن للناس حاجة إلى ما يرجع إلى مصالح معاشهم ومعادهم، على السواء، فإذا جاز هذا النوع من الإخراج والحبس، لمصلحة المعاد ـ وهو المسجد ـ فكذلك لمصلحة المعاش، كبناء الخانات، والرباطات، واتخاذ المقابر، والقناطر، والمدارس[٢] والمشافي، وما إليها، بل يرى الإمام محمد بن الحسن أن الأوقاف أولى بحكم اللزوم من المسجد، كما ذكرنا، لِمَا ينشأ من عدم اللزوم في الأوقاف من الأضرار ما لا يقع مثله في المسجد، إذ يَقول فيما حكى عنه الإمام السرخسي: «ولو جاز الفرق[٣] بين هذه الأشياء، لكان الأولى أن يقال: لا يلزم

---

(١) «فتح القدير»: (٥/ ٤٢).

(٢) «المبسوط»: (١٢/ ٢٩ وما يليها)، وهذا في الواقع حكاية الإمام السرخسي عن الإمام محمد في استدلاله على لزوم الوقف، بالقياس، خلافاً لأبي حنيفة، ومن هنا ندرك مدى ما منحه الإسلام من حرية الاجتهاد بالرأي القائم على الاستدلال الصحيح من أهله. «المبدع»: (٥/ ٣١٣ ـ ٣٢٩).
هذا، ومن الجدير بالملاحظة أن معظم الأئمة ذهبوا إلى التسوية بين مصالح الآخرة ومصالح الدنيا، على النحو الذي رأيت، من حيث الاعتبار وابتناء الأحكام عليها؛ إذ الإسلام دين الآخرة والأولى.

(٣) أي: بين الوقف للبر العام وبين وقف المسجد.

المسجد، وتلزم المقبرة، حتى لا تورث، لِمَا في النبش[١] من الأضرار، والاستبعاد عند الناس»[٢]، كما أسلفنا.

وإذا صح القياس على المسجد، لقوة العلة في الأوقاف، كما يرى في استدلال القائلين باللزوم: «تبين أنْ ليس من ضرورة الحبس عن الدخول في ملك الغير، امتناع خروجه عن ملكه»[٣] على حد تعبير الإمام السرخسي.

ومعنى هذا، أن عدم دخول العين الموقوفة في ملك أحد من الناس، لا يمنع من خروجها عن ملك الواقف، شرعاً، والخروج عن الملك وقفاً وتحبيساً لا إلى مالك، يستلزم اللزوم[٤].

هذا، وقال بعض الفقهاء بالقياس على العتق، من حيث أن كلًّا منهما إسقاط للملك دون عوض، والحكم هو الخروج عن الملك، لا إلى مالك، واللزوم مؤبداً.

ويتجه على هذا القياس، بأن فيه نظراً؛ إذ العتق محله الإنسان، والأصل فيه الحرية، وأنه لا يقبل الملك، والرقُّ عارض، فإذا زال العارض بالعتق رجع إلى الأصل، وهو الإنسانية والحرية، وعدم القابلية للملك، وليس كذلك الوقف، فإنه لا يُخرج العين الموقوفة عن المالية، بل تبقى المالية التي هي الأصل، والمال خُلق ليُملك، فبالوقف تعود العين إلى ملك الواقف، حتى لا يكون سائبة، وإذا ثبت الملك للواقف انتفى اللزوم. هذا في رأي المانعين، وقد أجبنا عنه أنا نمنع التلازم بين بقاء الملك ـ على فرض بقائه ـ وبين عدم اللزوم.

وأيضاً، نحن نرجح القياس على المسجد؛ إذ الوقف لم يُخرجه عن المالية، ولم يقل أحد: إن المسجد كالسائبة، أو ببقائه على ملك الواقف، وهو وقف لازم مؤبد، فكان القياس عليه أولى بالنظر والاعتبار[٥]، وهو ما اعتمده الإمام محمد بن الحسن، كما رأيت.

---

(١) نبش قبور الموتى حال رجوع الواقف عن وقفها، إذا قلنا بعدم لزومه.

(٢) استنكار الناس لذلك. «المبسوط»: (١٢/ ٢٩).

(٣) المرجع السابق.

(٤) القول بالتلازم عند الصاحبين.

(٥) «المبسوط»: (٢/ ٣٠ ـ ٣١).

واستدلوا من المعقول، بالباعث على الوقف.

فقالوا: إن الباعث عليه يستلزم اللزوم، كما يستلزم خروج الموقوف عن ملك الواقف، إذ الوقف تعين تصرفاً شرعيًّا لاستمرار وصول الثواب إلى الواقف، في الحياة وبعد الموت، بالنص[1] باستمرار منفعة العين.

ووجَّه المانعون على هذا النظر من النقد أن الحاجة إلى استمرار الثواب لا تستلزم حرمة التصرف، وإلّا كان الوقف واجباً، لكنه مستحب، ومندوب إليه.

ولكنا نرى أن «الوقف» من حيث أساس تشريعه، قربة خالصة لله عز وجل، وقواعد الشرع قاضية بعدم جواز الرجوع في القربات والصدقات، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوٓا۟ أَعْمَـٰلَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣] تعظيماً لله تعالى، ولا مرية أن تعظيمه سبحانه مقصد شرعي قطعي، قد شرع له من الأحكام ما يحققه، وقول الرسول ﷺ: «**إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلّا من ثلاث، صدقة جارية**... الحديث»[2] يشعر بهذا؛ لأنها أنشئت بقصد القربة لله تعالى.

يقول الإمام الشوكاني في هذا الصدد: قوله ﷺ: «**صدقة جارية**» يشعر بأن الوقف لازم، ولا يجوز نقضه، ولو جاز النقض لكان الوقف صدقة منقطعة، وقد وصفه الحديث بعدم الانقطاع»[3]، وقد أشرنا إلى هذا الدليل قبلاً.

ومعنى هذا أن الشارع قد قصد جريان المنفعة واستمرارها، قربة إليه تعالى، لما فيه من النفع العام، وقصدُ الشارع يجب تحقيقه، ولا يتأتى إلّا باللزوم، فكانت دلالة الحديث على اللزوم دلالة إشارية التزامية، ولذا قال الشوكاني: «يُشعر باللزوم».

وأما قولهم: «إن الوقف من «المندوبات» فهذا لا نزاع فيه، ولكن قبل الشروع،

(١) «**إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلّا من ثلاث، صدقة جارية**».. الحديث [أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة].

(٢) أخرجه مسلم: ٤٢٢٣، وأحمد: ٨٨٤٤، من حديث أبي هريرة.

(٣) «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٧). هذا وثمة فارق بين القربة أو الصدقة، وبين الهبة. راجع: «الفواكه الدواني»: (٥/ ٢٣٠)، إذ الهبة لوجه المعطى له، مودَّة، أما الصدقة فهي لثواب الآخرة، قربة، فلزمت الثانية دون الأولى، والفارق هو أن الثانية قربة، وليس كذلك الأولى.

أي: إبّان الإنشاء، لا من حيث الأثر، فمن أنشأ الوقف قربة لله عز وجل باختياره، فقد ألزم نفسه شرعاً بآثاره، تعظيماً لشأنه سبحانه، وتحقيقاً لمقصد الشارع من أساس تشريعه، وأدلة لزوم الوقف ناهضة بذلك.

ألا ترى إلى العتق، قربة لله عز وجل بلا ريب، وهو مندوب إليه، ولكنه بعد إنشائه يصبح لازماً بحكم الشرع، لأنه سبحانه قد قصد بحكم اللزوم هنا تحقيق مقصد عظيم، وهو إعادة الحياة الإنسانية إلى الرقيق؛ لأن الرق ـ كما يقول الفقهاء ـ موتٌ حكماً، فأساس حكم اللزوم إذن هو تحقيق ذلك المقصد، فالعتق مستحب إنشاءً، ولكنه لازم بقاءً وأثراً، فكذلك الوقف، ولو كان مستحبًّا إنشاءً وأثراً، لما تحقق مقصود الشرع من تشريع الوقف، وهو البِرُّ العام المستمر المؤبَّد.

وفي هذا المعنى يقول الإمام الشوكاني: «الحق أن الوقف من القربات التي لا يجوز نقضها بعد فعلها، لا للواقف، ولا لغيره»[1].

فلا وجه إذن لما وُجِّه إلى القائلين باللزوم، من أنه يلزم من كون الوقف مستحبًّا في الأصل أن يكون غير لازم؛ إذ لو كان لازماً، لكان واجباً إنشاؤه، ولكنه مستحب، لا يقال هذا؛ لأنه تبين لك بجلاء أنْ ليس من ضرورة كون التصرف الذي هو ـ في الأصل ـ قربة إليه عز وجل، مندوباً أو مستحبًّا، أن يكون غير لازم أثراً، لما قدمنا.

ويؤكد المالكية هذا المعنى، فقد جاء في «الفواكه الدواني»: «ولا يرجع الرجل المتصدق في صدقته»، وعلل ذلك: «أن الصدقة لثواب الآخرية، بل لا يجوز أن ترجع الصدقة إلى المتصدق، ولو بعوض؛ لأن التسبب في تملكها منافٍ لقصد الفاعل، وهو ثواب الآخرة، والأصل في ذلك قوله ﷺ لعمر في الفرس الذي تصدق به: «**لا تَشْتَرِهِ ولو أعطاكه بدرهم**»[2] والنهي للتحريم، كما استظهره الإمام ابن عرفة، فكيف يقال بعد هذا، فيما وجه إلى القائلين باللزوم من نقد: «إن الحاجة إلى استمرار ثواب

---

(١) المرجع السابق.

(٢) أخرجه البخاري: ١٤٩٠، ومسلم: ٤١٦٣، وأحمد: ٢٨١، من حديث عمر.

الوقف، لا تستلزم حرمة التصرف بالموقوف؟»[١] بل نقول: تستلزم؛ لأن الشارع أراد تحقيق هذا الاستمرار، وشرع له حكمه، وهو اللزوم، قربة إليه تعالى، وتحقيقاً للخير العام، وهو ما جاءت الأدلة به.

فالسبب في اللزوم إذن هو قصد القربة، وهو داعية الوقف، والباعث عليه، توصلاً إلى استمرار الثواب الأخروي، باستمرار المنفعة المقصودة للشارع.

وقد أكد هذا المعنى أيضاً الإمام السرخسي، إذ يقول: «فتصير ـ أي: العين الموقوفة ـ محبوسةً بنوع قربة قصدها»[٢] أي: بسبب هذه القربة التي قصدها الواقف.

والاستمساك بأدلة لزوم الوقف، من الآثار المشهورة، والإجماع العملي، لا يمنع من البحث عن سبب حكم اللزوم هذا، أو أساس تشريعه، فقهاً واجتهاداً[٣]، لتدرك حكمة تشريعه.

والواقع أن النظر الشرعي في حكم لزوم الوقف، منصبٌّ على المصلحتين معاً، تحقيقاً لهما: مصلحة الواقف في قصده القربة لله عز وجل، تعظيماً لشأنه، ومصلحة الموقوف عليهم، في الانتفاع المستمر، وهو نوع من البر العام المقصود شرعاً، ولا يتم ذلك على الوجه الأكمل، إلّا باللزوم.

---

(١) «الفواكه الدواني»: (٢/ ٢٢٠). وقوله: مناف لقصد الفاعل، أي: مناف للقربة المقصودة التي هي تعظيم لشأن الله عز وجل، فكانت سبباً في اللزوم، كما أكده الإمام السرخسي أيضاً.

(٢) «المبسوط»: (١٢/ ٢٩).

(٣) ولا ينقض هذا بالوصية، لأنها ـ كما تعلم ـ تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وليس حالاً أو مُنَجَّزاً، كالوقف، فالشارع ـ تفضلاً منه ورحمة ـ قد أباح للموصي الوصية مضافة ـ على خلاف القياس في التمليكات وهو التنجيز ـ إلى ما بعد الموت، ترجيحاً لمصلحته في جبر ما فاته، بسبب تقصيره عن أداء واجباته الدينية، وفتحاً لباب النفع العام، ولكنه في الوقت نفسه راعى مصلحة الموصي حال الحياة، فجعلها غير لازمة قبل وفاته؛ إذ ربما تطرأ عليه ظروف تلجئه إلى الرجوع فيها، حتى إذا توفي، لزمت، لانتفاء مظنة حاجة الموصي بالموت، وتحوَّل النظر الشرعي عندئذ إلى تحقيق قصد القربة لله عز وجل، فكانت لازمة بعد الموت، لا يملك أحد من الورثة نقضها، ولأن الأصل أن الموصي يتصرف في خالص ماله، فتقدم حاجته على غيره، وسبب اللزوم ـ كما ترى ـ بالنسبة للموصي قصد القربة، فكانت مباحة أو مستحبة ابتداء، ولكنها لازمة انتهاء، أي: بعد الوفاة، خلافاً للوقف الذي شرع أصلاً مُنَجَّزاً، لازماً، مؤبداً، بحكم الشرع، إثْرَ إنشائه.

وعلى هذا، فلا يلزم من كون القربات المستحبة ابتداء، أن تكون غير لازمة انتهاء، لا سيما إذا نهضت الأدلة بلزومها على وجه لا يكاد يبلغ القطع.

ج ـ النقد العام والترجيح:

قد تبين لك أن منشأ الخلاف بين الجمهور وغيرهم في «لزوم الوقف» إنما هو «التكييف»[١] أثراً لاختلافهم في تفسير بعض ألفاظ السنة وتأويلها، والتمسك ببعض الأقيسة الفقهية، وعدم وقوف بعض الأئمة المانعين على الواقع العلمي[٢]، أو التطبيق الفعلي لمقتضى ما ورد في المسألة من الأحاديث والآثار المستفيضة الثابتة.

كما تبين لك قوة استدلال الجمهور بالآثار الثابتة من السنة قولاً وفعلاً[٣]، ولا سيما حديث وقف عمر ﷺ ما أمر به الرسول ﷺ من الشرط الصريح في بيان ماهية التحبيس، وأنه المنع من التصرف، والمنع من الانتقال بالإرث، وهذا يدل على اللزوم مؤبداً، وهو قوام الوقف وملاكه.

وبهذا الشرط الصريح في «ماهية التحبيس» تبين أن الحبس ليس منصبًّا على أصل الملك، بل على التصرف يمنعه، بجميع وجوهه المشروعة[٤] وهو دليل اللزوم.

وكذلك حديث وقف عثمان بئر رومة، حيث خلّاها للمسلمين، وخرجت عن ملكه

---

(١) قد رأيت أن الوقف عند أبي حنيفة بمنزلة العارية، وهو عقد غير لازم، والوقف تبرع غير لازم، ويرى غيره أنه من التبرعات اللازمة، وآخرون يرونه من التمليكات بدون عوض، وفريق يعتبره من الإسقاطات بدون عوض، كالعتق، أو وقف المسجد، «المبسوط»: (١٢/ ٢٨ وما يليها)، و«نيل الأوطار»: (٦/ ٢٤ وما يليها)، و«الوقف» للشيخ مصطفى شلبي: ص٢٨.

(٢) ولهذا حكى الطحاوي عن أبي يوسف قوله: «ولو بلغ أبا حنيفة لقال به؛ لأنه متبع لا مبتدع» أي: لو بلغه الدليل على لزوم الوقف، من واقع عمل الصحابة في المدينة، لما وسعه إلّا القول باللزوم، كما فعل صاحباه، إذ رجعا عن رأي إمامهما، وقالا في حضرة الإمام مالك باللزوم. «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٤).

(٣) جاء في «البحر الزخار»: (٥/ ١٤٧)، وبنحوه في «الفواكه الدواني»: (٢/ ٢٢٤): «وقد حبس نبينا والصحابة دوراً وحوائط».

(٤) إلّا لعذر، كما إذا أصاب العين الموقوفة البلى أو الخراب، فيجوز حينئذ بيعها، واستبدال غيرها بها، لتقوم مقامها، وثمنها ليس حقًّا للموقوف عليهم، بل هو تابع لأصل الوقف، كشخصية معنوية مستقلة، ولأن حق الموقوف عليهم في الريع لا في العين.

الفردي، ففقد سلطانه عليها، إذ أصبح دلوه فيها كدلاء المسلمين، ينتفع بها صدقة لا ملكاً، ولا أدل على اللزوم من هذا.

ومن عناصر قوة استدلال الجمهور أيضاً، حديث طلحة في «بَيرُحاء»[١] وأثر خالد بن الوليد، حيث وقف سلاحه وأعتاده في سبيل الله[٢].

ثم ما رأيت من إجماع الصحابة عملاً، على لزوم الوقف مؤبداً، والتصدق بالمنفعة وجوباً؛ إذ لم يثبت أن أحداً منهم رجع عن وقفه، أو تصرف فيه، أو أنكره على غيره.

وكان أساس إجماعهم «الشرط الصريح» بأمر الرسول ﷺ «**على ألا يباع ولا يوهب ولا يورث**»[٣] وامتثله عمر، وسار على نهجه الصحابة في أوقافهم.

وكذلك ما ورد في تأكيد مذهب الجمهور أيضاً، مما احتجوا به من المعقول من ملحظ قوي للإمام محمد بن الحسن، يَرُدُّ به على إمامه بقياس الوقف على المسجد، بجامع القربة المقصودة لله عز وجل، في كلٍّ منهما، والحكم هو خروج الوقف عن ملك الواقف، واللزوم المؤبد[٤]، ووجوب التصدق بالريع.

ويقوي هذا الاستدلال العقلي القياسي، أن الإسلام ـ كما علمت ـ لا يفرق في ميزان تشريعه، بين مصالح الدنيا، ومصالح الآخرة، كما نوَّه بذلك الإمام محمد في رده على إمامه أبي حنيفة، وحكاه عنه الإمام السرخسي[٥]، وهذا أصل عظيم.

وأيضاً، ليس أثر الوقف من باب إسقاط الملك لا إلى مالك كالعتق ـ على نحو ما زعموا ـ وإسقاط الملك ممنوع في الإسلام؛ لأنه كالسائبة[٦]، بل الوقف ـ عند

---

(١) أخرجه البخاري: ١٤٦١، ومسلم: ٢٣١٥، وأحمد: ١٢٤٣٨، من حديث أنس.

(٢) أخرجه البخاري: ١٤٦٨، ومسلم: ٢٢٧٧، وأحمد: ٨٢٨٤، من حديث أبي هريرة، وهذا خير من القياس على العتق، لما رأيت من الفارق الذي يوهن من عِلِّية الإلحاق.

(٣) أخرجه البخاري: ٢٧٣٧، ومسلم: ٤٢٢٤، وأحمد: ٤٦٠٨، من حديث ابن عمر.

(٤) «المبسوط»: (١٢/ ٣٠ وما يليها).

(٥) المرجع السابق.

(٦) «المبدع في شرح المقنع»: (٥/ ١١٣ و٣٢٩).

التحقيق ـ عقد أو تصرف انفرادي، من نوع خاص، يترتب عليه انتقال ملكية العين الموقوفة إلى «الشخصية الحكمية» بحكم الشرع، ووجوب التصدق بالمنفعة أو الريع على وجه اللزوم والتأبيد، فالوقف وإن كان تصرفاً شرعيًّا مندوباً إليه ابتداء، لكن أثره اللزوم، ووجوب التصدق بالريع شرعاً بالنسبة الثابتة والإجماع، والمعقول، فالواقف يوجب على نفسه بنفسه، فيصبح متلزماً بحكم الشرع، لغرض النفع العام المقصود تحقيقه في الوجود، ومن يقيد نفسه بإرادته الحرة، فهو حر، وهذه الشخصية الحكمية التي تنشأ بحكم الشرع أثراً للتصرف الانفرادي مستقلة عن الشخصية الحقيقية للواقف، والموقوف عليهم، والعين المادية الموقوفة، على السواء؛ لأنها تصور فقهي اعتباري، تعتبر أساساً لتخريج كثير من أحكام الوقف، وإن لم يعبِّروا عنها بهذا الاصطلاح، بل باصطلاح آخر، وهو قولهم: «على حكم ملك الله تعالى».

وهذه الشخصية الحكمية ذات ذمة مستقلة أيضاً كالشخصية الحقيقية، تتعلق بها حقوق أصل الوقف، وما عليه من التزامات، ويمثلها القيِّم أو الناظر.

يرشدك إلى تصور الفقهاء لهذه الشخصية الحكمية للوقف، قولهم: إن الواقف «إذا عين ناظراً لوقفه عند إنشائه، لا يملك بعدئذ عزله»[١] وتفسير ذلك أن شخصية الواقف قد استقلت عن شخصية الوقف، وأن أمر العزل والتعيين أصبح من حق هذه الشخصية الحكمية للوقف، والناظر أصبح ممثلاً لها، نظير ذلك الدولة.

وفي هذا المعنى يقول صاحب «المبدع»: «فإن جعله ـ جعل الواقف ـ النظر لغيره، لم يُعزَل بلا شرط»[٢]، وهذا دليل بيِّن على تأصُّل فكرة الشخصية المعنوية للوقف في تصور الفقهاء وتكييفهم له؛ إذ صدروا عن اجتهادات تتعلق بمدى صلة الواقف بالوقف، لا يمكن تخريجها إلّا على أساس هذه الشخصية الاعتبارية المستقلة.

فالواقف من حيث السلطة أو الولاية على الوقف كسائر الناس، وفقدانه سلطته

---

(١) «المبدع في شرح المقنع»: (٥/ ١١٣ و٣٢٩).

(٢) المرجع السابق.

على الوقف بعد إنشائه، آية خروج العين عن ملكه، لا إسقاطاً له، بل انتقالاً إلى هذه الشخصية الحكمية، وأن حق النظر أصبح تابعاً لمن يمثل جهة الوقف هذه، وهذا المُدرك الدقيق المشتق من تصور الفقهاء للوقف ـ ولو لم يعبروا عنه ـ ينبغي أن يُتخذ أساساً في حكم لزوم الوقف، وتخريج كثير من أحكامه التي اشتجر الخلاف فيها.

وأيضاً، العين الموقوفة إذا تخربت بيعت، لهذا العذر، ولكن ثمنها ليس حقًّا للموقوف عليهم، بل للشخصية الحكمية للوقف، يُشترى به عين أخرى، تقوم مقامها أصلاً للوقف، ومستقلةً، وحق الموقوف عليهم في الريع لا في العين.

ويؤكد هذا أيضاً، ما رأينا من حال عثمان ﷺ بعد وقفه لبئر (رومة) وفقدان سلطانه عليها، كما رأيت، وبصريح قوله ﷺ: «**فيجعل دلوه فيها كدلاء المسلمين**»[١] وهذا القول النبوي هو منشأ تصور الفقهاء للشخصية الحكمية للوقف؛ لأنه صريح في تقرير أنه لم يعد للواقف سلطان على وقفه، بعد إنشائه، فهو كسائر المسلمين من حيث الحق في مجرد الانتفاع، لا في الملك.

ومن هنا، فرَّع صاحب «المبدع» على هذا الأصل، أن الواقف إذا عين ناظراً للوقف، فإنه لا يملك عزله بعد ذلك، لفقدانه سلطانه على وقفه بعد إنشائه، إلّا إذا اشترط عند إنشاء وقفه وفي صلب العقد، أن له حق تعيين النُّظار وعزلهم، فيعمل بالشرط حينئذ، أثراً للعقد، لا استمراراً للملك، فتحترم إرادته عند الإنشاء، لا بعده؛ إذ بعد الإنشاء تنشأ للوقف شخصية معنوية مستقلة منفصلة عن شخصية الواقف، بحكم الشرع، ويكون لها ذمة مستقلة، ويفقد سلطانه عليه، إلّا في حدود ما اشترطه عند الإنشاء، والشخصية الحكمية كالحقيقة، فكيف يقال: إن عين الوقف قد زالت لا إلى مالك؟

والواقع أن الوقف الخيري، بما هو أمر ترجع المصلحة فيه إلى المسلمين، أو جماعة منهم، انتفاعاً (إلى جهة بر لا تنقطع) وهو ما أفاده صريح قوله ﷺ: «**فيجعل**

---

(١) أخرجه الترمذي: ٣٧٠٣، والنسائي: (٦/ ٢٣٥)، وأحمد: ٥٥٥، من حديث عثمان بن عفان، وإسناده حسن.

دلوه فيها كدلاء المسلمين» أو تعبير الفقهاء: «جهة بر عام». أقول: إن الوقف بهذه المثابة، حق الملك فيه عام لا خاص، والحق العام تمثله الشخصية الاعتبارية للوقف، كما هو الشأن في بيت المال، والدولة وغيرهما.

ومعلوم أن «الحق العام» حق غيري لا ذاتي[١]، بمعنى أن المصلحة أو الثمرة في هذا الحق تعود إلى الغير، لا إلى من أسند إليه الحق، فحق الملك في أصل الوقف عائد إلى الشخصية المعنوية للوقف، والمصلحة فيه ـ وهو الريع ـ إلى الموقوف عليه، نظير ذلك حق الولاية على الرعية، وحق الحضانة.

وفائدة هذا الإسناد، أن رعاية حقوق أصل الوقف، والقيام عليه، واستبداله عند العذر من خراب، ونحوه، وتوزيع الريع على المستحقين، وما إلى ذلك من الإشراف على شؤون أصل الوقف، ينهض به من يمثل هذه الشخصية المعنوية للوقف، ومن هنا لم يعد هذا الملك صوريًا، ولا عاد الوقف كالسائبة، كما تصور بعض الفقهاء؛ لأنه تصور بعيد جدًا عن مقصود الشرع الذي تنطوي عليه نصوص السنة الثابتة.

هذا، فضلاً عن أن الوقف تشريع ونظام دقيق في الإسلام، كما أسلفنا، ولتشريعه مؤيدات قضائية، بل وأصبح يمثل الأوقاف وزارات ومديريات، تأكيداً لشخصيته الحكمية المستقلة.

ألا ترى إلى «الحِمَى» حق الملك فيه للدولة، لا لشخص معين، والنفع عائد لخيول الجهاد، ونَعَم الصدقات «الزكاة» التي مآل النفع فيها إلى مصارفها العامة؟

وملكية الحمى انتقلت من صاحب الأرض إلى الدولة، بحكم الشرع؛ لأنه استملاك يُخرَّجُ على أساس عقد ضمني جبري يُقدَّر استلزاماً واقتضاءً[٢]، للصالح العام، وهذا معنى قول عمر رضي الله عنه: «ولولا ما أُحْمَلُ عليه في سبيل الله، ما حميت عليهم من بلادهم شبراً»[٣].

---

(١) راجع كتابنا: «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده»: الحق الغيري أو الوظيفي.

(٢) راجع: «أصول التشريع»: دلالة الاقتضاء، للمؤلف.

(٣) أخرجه البخاري: ٣٠٥٩.

وملكية الوقف تنتقل أيضاً إلى جهة الوقف، أي: الشخصية الحكمية، بناء على تصرف انفرادي شرعي صريح ابتداء من قبل الواقف، بحكم الشرع أيضاً، بما قدمنا من الأدلة، ولأن الواقف قد قصد جعله قربة إلى الله عز وجل، وما جعل قربة لا يجوز فيه الرجوع شرعاً، فهو متبرع ابتداء، مُلزَمٌ انتهاء.

وفي هذا المعنى يقول الإمام السرخسي ـ رحمه الله ـ: «لأنها[١] تصير محبوسة[٢] بنوع[٣] قربة قصدها»[٤] كما أشرنا.

فالحكم في كلٍّ من الحِمى والوقف من حيث الأثر، هو اللزوم شرعاً، رعاية للصالح العام، وتُمثّل كلًّا منهما شخصية معنوية تعود إليها حقوقه والتزاماته، وإن كان العقد في الأول جبري ضمني، والثاني تصرف انفرادي طوعي صريح؛ إذ العبرة بالأثر، ومقصود الشرع.

فالخلاف إذن في ملكية الوقف، ومصيرها، وما يترتب على ذلك من الخلاف في اللزوم وعدمه، وهل ثمة من تلازم بين بقاء الملك للواقف، وعدم اللزوم؟ هذا الخلاف المتشعب الأطراف غدا لا معنى له؛ لأنه خلاف نشأ أصلاً عن مسألة «إسقاط الملك» كالعتق، وخروجه لا إلى مالك من الناس، وهو ممنوع شرعاً، لذا حرص أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ على إثبات بقاء الملك للواقف الذي يستلزم عدم اللزوم.

وبذلك تفادينا اللجوء إلى فكرة «الملك الصوري الفردي» وهو لا نظير له في الشرع، وتفادينا كذلك ما ألجأ المالكية إلى التنظير للوقف (بأم الولد) من حيث بقاء الملك صورةً للواقف، والمنع من التصرف، وهو تنظير فاسد لا يفيدهم، لما رأينا من أن (أم الولد) إنسان حرص الشارع على المنع من التصرف فيها تمليكاً، تشوفاً إلى تحريرها من الرق، لنعود إلى الأصل، وهو إنسانيتها، وليس كذلك الوقف في الممتلكات المالية، بحكم الأصل والإنشاء.

(١) العين الموقوفة.
(٢) موقوفة يمنع التصرف فيها.
(٣) أي: بسبب ما قصد من القربة.
(٤) «المبسوط»: (٢٨/١٢).

إذن تَصوُّر بعض الفقهاء أن خروج الملك في الوقف لا إلى مالك من الأناسي، بحيث يجعله كالسائبة، هو الذي استدعى القول بالملك الصوري الفردي، وهو تكييف تعوزه الدقة في تفهم وتعمق نصوص السنة الثابتة ومراميها، فالوقف ليس كذلك؛ لأنه تسبيل لا تسييب، كما أشرنا، ولأنه ليس إسقاطاً للملك على التحقيق، بل انتقال الملك إلى جهة الوقف، بحكم الشرع، وهي ما نطلق عليها الشخصية الحكمية، وهذا هو التكييف الذي يتفق ومقصود الشرع المستخلص من السنة الثابتة، ومقصود الشرع يجب تحكيمه في كل اختلاف.

وأغلب الظن أن الإمام السرخسي قد تصور جهة الوقف هذه، حيث أجاز خروج العين عن ملك الواقف، دون أن تدخل في ملك أحد من الناس، كيلا تملك ملكاً فرديًّا، ولم يره إسقاطاً، بل رآه انتقالاً للملك، حيث أدخل العين في ملك جهة الوقف، كالمسجد، تأييداً لرأي الصاحبين اللذين أطلقا على جهة الوقف هذه أو الشخصية الحكمية له «على حكم ملك الله تعالى»[١]، ولا عبرة باختلاف الأسماء إذا اتحد المضمون.

وإليك عبارة الإمام السرخسي: «وبهذا[٢] يتبين أنه ليس من ضرورة الحبس[٣] عن الدخول في ملك الغير، امتناع خروجه عن ملكه[٤] بمعنى أنها تخرج عن ملك الواقف قطعاً إلى جهة الوقف، انتقالاً؛ لأن أحداً من العلماء لا يقول بجواز إسقاط الملك لا إلى مالك بإطلاق».

---

(١) راجع: تعريف الوقف عند الصاحبين.

(٢) يشير إلى وقف المسجد، حيث تخرج البقعة التي بني عليها (الأرض) عن ملك الواقف قطعاً، دون أن تدخل في ملك أحد من الناس، وهذا لا ينفي أن تدخل في جهة الوقف، أي: في ملكية الشخصية الحكمية للوقف.

(٣) المنع.

(٤) «المبسوط» للسرخسي: (١٢/ ٢٩). وإنما قلنا: إن العين الموقوفة تخرج عن ملك الواقف بحكم الشرع على الأصح، إذ السبب الشرعي هو التصرف بإنشاء الوقف بقصد جعله قربة إلى الله تعالى، فلا يجوز الرجوع فيه، كما جاء في «المبسوط» (١٢/ ٢٨): «لكنها تصير محبوسة بنوع قربة قصدها» أي: تصير بحكم الشرع لازمة، بسبب القصد إلى جعلها قربة إلى الله تعالى، واللزوم مستفاد إشارة من قوله: «محبوسة» إذ لو لم تكن لازمة، لما كانت محبوسة.

فانتقال العين إلى ملك الشخصية المعنوية للوقف، هو لازم كلام الإمام السرخسي السابق.

هذا، ويتبين لك أيضاً ضعف ما استند إليه المانعون من بعض الأحاديث، فمن قائل بأنه موضوع، ومن قائل بأنه منسوخ، ومن قائل بأنه رأي صحابي لا تنهض به حجة.

على أنها ـ فضلاً عن تأويلها المستكره ـ ليست نصًّا في موضوعنا، أي: لم تكن مسوقة أصالة، وبوجه خاص، بل هي عامة ترد عليها الاحتمالات الكثيرة.

ومن المعلوم أن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال، فكيف إذا كثرت فيه الاحتمالات؟

وأيضاً، على افتراض صحتها وشمولها، لا تقوى على معارضة السنة الثابتة المستفيضة والواردة في موضوعنا نصًّا، بل الأولى أن تحكم هذه على تلك بالتخصيص، جمعاً بين الأدلة، فضلاً عن كونها لا تقاوم إجماع الصحابة عملاً، بل الإجماع يحكم عليها بالتخصيص أيضاً؛ لأن في التخصيص إعمالاً للدليلين، وتوفيقاً بينهما، وهو خير من إهمالهما، أو إهمال أحدها، كما ذكرنا.

وكذلك يبدو لك ضعف ما تمسكوا به من أقيسة فقهية؛ إذ لا اعتبار للقياس في مورد النص، فضلاً عن الإجماع، كما تعلم.

هذا، وقد رأينا الجمهور يخالف أبا حنيفة في ذهابه إلى عدم اللزوم، بل يخالفه أئمة مذهبه هو، لا سيما صاحباه، حتى لقد قسا محمد بن الحسن على إمامه ـ رحمه الله ـ قسوة شديدة، إذ رماه «بالتحكم على الناس» لقوله بعدم لزوم الوقف[١].

وكذلك غيره من أئمة مذهبه، كالسرخسي، إذ يقول: «الناس لم يأخذوا بقول أبي حنيفة لاشتهار الآثار»[٢].

---

(١) «المبسوط»: (١٢/ ٣٠ وما يليها).

(٢) المرجع السابق.

وكالإمام الكمال بن الهمام إذ يقول: «الحق تَرجُّحُ قول عامة العلماء؛ لأن الأحاديث والآثار متضافرة على ذلك»[١].

ويقول الإمام الشوكاني: «والحق، أن الوقف من القُرُبات التي لا يجوز نقضها بعد فعلها، لا للواقف، ولا لغيره»[٢].

ويقول القرطبي: «رادُّ الوقف مخالف للإجماع لا يلتفت إليه»[٣].

والواقع، أنْ ليس شيء من أدلة أبي حنيفة يقوى على معارضة إجماع الصحابة عملاً على لزوم الوقف، فضلاً عن الآثار المستفيضة الناهضة بذلك، قولاً وفعلاً.

وبذلك يترجح لديك لزوم الوقف مؤبداً، ووجوب التصدق بريعه، تحقيقاً لمرافق البرّ العام الدائم، في المجتمع الإسلامي، وهو مقصد شرعي قطعي، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

---

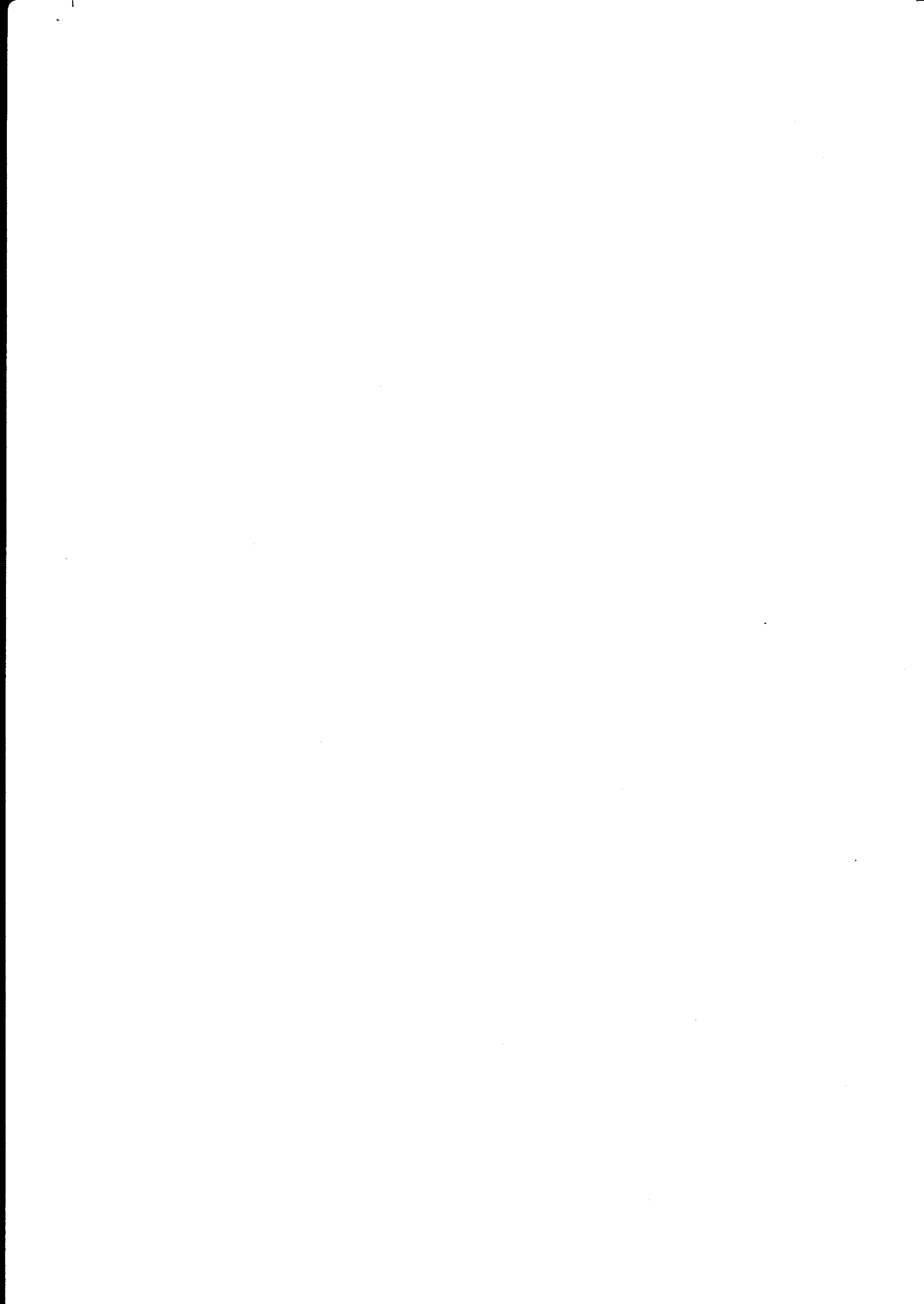
(١) «فتح القدير»: (٥/ ٤٣).

(٢) «نيل الأوطار»: (٦/ ٢٧).

(٣) المرجع السابق.

ومقصود الشرع يطلق عليه روح التشريع العامة.

وهذا تطبيق للأصل المعنوي العام، من أنه إذا تقابل شران أو ضرران، أُخذ بأخفهما، وهو ما يقول به الإمام الغزالي، ولكنه لا يطبقه في مسألة التغريم، خلافاً للإمام الشاطبي.



المبحث الثاني عشر
منهج البحث في الصيد

أولاً ـ معنى الصيد لغة وشرعاً.

ثانياً ـ تحليل التعريف الشرعي للصيد، وبيان عناصره، ومحترزاته.

أ ـ وصف الحيوان بكونه «متوحشاً» بالطبع، قيد أساسي في التعريف، لإخراج المستأنس طبعاً (الأليف) وكذلك الحيوان الذي طرأ عليه التوحش، عند بعضهم (المالكية) خلافاً للجمهور والإمامية.

ب ـ علّة حِلِّ الحيوان المتوحش المأكول اللحم، بالصيد أو العقر ـ كذكاة له ـ هي «عدم القدرة عليه» وهو مذهب الجمهور.

ج ـ الإمام مالك، والليث بن سعد، يريان: أنه لا يحل الأكل لما توحش إلّا بالذكاة الشرعية في الحلق أو اللبة، حسب الأحوال، ولا يحل بالصيد عقراً.

د ـ سبب الاختلاف هو معارضة الأصل للخبر.

هـ ـ الحيوان الوحشي بطبعه، المأكول اللحم، إذا استأنس، لا يحل أكله إلّا بالذكاة الشرعية، دون العقر والاصطياد، لِتَحَقُّق القدرة عليه بزوال صفة التوحش والامتناع، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

و ـ الحيوان الوحشي بطبعه، إذا زال بالرمي أو بأخذ الجارح له امتناعه وتوحشه، ولم يرفع حياته، وأدركه الصائد وفيه حياة مستقرة، أو حياة فوق حياة المذبوح، لم يجز أكله إلّا بالذكاة الشرعية، لتحقق القدرة عليه بزوال امتناعه ووحشيته، إجماعاً.

ثالثاً ـ مشروعية الصيد:

ثبتت مشروعية الصيد بالكتاب والسنة، والإجماع، والمعقول.

أولاً ـ أما الكتاب:

١ ـ فلقوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُۙ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُۖ فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهِۖ ...﴾ [المائدة: ٤] ووجه الاستدلال بها.

٢ ـ وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِۚ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّى ٱلصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌۗ ... إلى قوله تعالى: وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟ۚ﴾ [المائدة: ١ ـ ٢] ووجه الاستدلال بها.

٣ ـ وقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِۖ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًاۗ ...﴾ [المائدة: ٩٦].

ثانياً ـ أدلة مشروعية الصيد من السنة مع بيان وجوه الاستدلال بها

أ ـ حديث عدي بن حاتم في رواياته المتعددة.

ب ـ حديث أبي ثعلبة الخُشَني ورواياته، وحديث رافع بن خديج.

ـ وجه الاستدلال بهذه الروايات على أن الصيد مشروع.

ـ ما يستنبط من هذه الروايات من أحكام تتعلق بالصيد، وحِلِّهِ، والصائد، وآلة الصيد، والشروط التي تتعلق بكل أولئك.

ثالثاً ـ القياس.

رابعاً ـ حكم الصيد، أو وصفه الشرعي في الأحوال المتغايرة. تعتريه الأحكام الخمسة، من الإباحة ـ وهي الأصل ـ والفرض، والندب، والكراهة، والتحريم.

خامساً ـ **شروط حل الأكل من المصيد، وهي نوعان:**

أ ـ شروط تتعلق بحل الأكل من المصيد بالآلة الحادة.

ب ـ شروط تتعلق بحل الأكل من المصيد بالجارح المعلَّم.

ـ أما شروط النوع الأول فهي كما يلي:

أولاً ـ (وهو شرط مشترك) أن يكون الصيد غير مقدور عليه.

ثانياً ـ أن تجرحه الآلة المحددة من السهم، أو الرمح، أو السيف، وما يجري مجراها، فيدميه، ويموت من هذا الجرح، لا بسبب آخر، حتى يكون موته بالاصطياد المنسوب إلى الصائد، لا بالخنق، ولا بالوقذ، ولا بالصدمة، ولا بالرعب من الجارح، أو بالغرق في الماء.

آراء الفقهاء في حكم الحيوان المستأنس إذا توحش، بم تكون ذكاته؟ وكذا إذا استعصى وتعسر ذبحه:

ـ اجتهاد «الإمامية» في كل حيوان، ولو مستأنساً، إذا تعذر، أو تعسر ذبحه أو نحره، توحشاً، أو استعصاء، فإن العقر ذكاته، للضرورة التي مردها عدم القدرة عليه، وهو «العلة» في ذكاة الضرورة، وإن لم يصادف العقر موضع التذكية الشرعية، دفعاً للحرج، وعدم إضاعة المال، وسدًّا للحاجة.

ـ حكم الصيد بالبندقية النارية ونحوها من الأسلحة الحديثة المعروفة في أيامنا.

ـ وجوب تذكية الحيوان الوحشي بطبعه، أو المتوحش، أو المستعصي، بعد إصابته برصاص البندقية النارية ونحوها، وجرحه، إذا أدركه الصائد حيًّا، غير منفوذ المقاتل، للاحتياط.

ـ القاعدة العامة التي يمكن استخلاصها من اجتهادات الفقهاء.

ثالثاً ـ أن يكون الحيوان الوحشي أو المتوحش، أو المستعصي، مأكول اللحم شرعاً.

رابعاً ـ ذكر اسم الله تعالى، أو (التسمية) عند إرسال الجارح المعلَّم، أو الرمي بالسهم ونحوه، أو إطلاق الرصاص ونحوه من البندقية النارية، أو ما يشبهها.

أ ـ موضع التسمية في الصيد، على الآلة الجمادية الحادة، أو على الجارح

المعلَّم، عند الرمي أو الإرسال، لا على الحيوان الذي يُراد صيده؛ لأنه غير مقدور عليه، بخلاف الذكاة الشرعية الاختيارية، فموضع التسمية على الحيوان الذبيح نفسه، لا على الآلة؛ لأنه مقدور عليه.

ب ـ حكم التسمية في الاصطياد، والأدلة التي تنهض به في فقه المذاهب.

* * *

بحث الصيد
في الفقه الإسلامي المقارن

أولاً ـ معنى الصيد لغةً وشرعاً

أ ـ أما لغة، فالصيد مصدر صاد يصيد، ويَصاد، صيداً: اصطاده، والصيد: المصيد، تسمية لاسم المفعول بالمصدر، والجمع صُيود[١].

هذا، وقد جاء في «المغرب» تعريف للمصيد بأنه: كل ممتنع متوحش طبعاً، لا يمكن أخذه إلّا بحيلة[٢]، وهو قريب من المعنى الشرعي[٣].

ب ـ أما تعريفه شرعاً، فهو: اقتناص حيوان متوحش بالطبع، ممتنع عن الآدمي، غير مقدور عليه.

ثانياً ـ تحليل التعريف الشرعي للصيد بالمعنى المصدري

أ ـ إن وصف الحيوان بكونه «متوحشاً» قيد أساسي في التعريف، لإخراج الحيوان «المستأنس» كالغنم، والبقر، والإبل، ونحوها، فهذه لا يجوز اصطيادها؛ لأنها ما دامت مستأنسة فهي مقدور عليها تؤخذ باليد، فيتعين ذبحها بالذكاة الشرعية؛ لأنها هي

---

(١) «مختار الصحاح» للرازي: ص٣٧٥، ط ـ دار المعرفة ـ بيروت، «أساس البلاغة» للزمخشري ـ ط ـ دار بيروت ص٣٦٧.

(٢) هذا التعريف للمصيد، هو ما نقله صاحب كتاب «اللباب في شرح الكتاب» تأليف الشيخ عبد الغني الغنيمي الميداني الدمشقي: (٣/ ٢١) ـ ط ـ المكتبة العلمية ـ بيروت.

(٣) المرجع السابق ص٢١٧ وما يليها.

الأصل في حِلِّ الذبيحة، ولأن «الصيد» بجميع آلاته المشروعة التي سيأتي تفصيلها، يُعتبر عقراً، أي: ذكاة ضرورية، لا اختيارية، لعدم القدرة على المصيد، ولا تكليف إلّا بالوسع، يقول ابن رشد: «واتفقوا على أن الذكاة المختصة بالصيد هي العقر»[١]، فلذلك، كانت هذه الرخصة على سبيل الاستثناء بالنسبة إلى الحيوان المتوحش طبعاً دون «المستأنس» إذ لا ضرورة إلى اللجوء إلى «الصيد» ما دام مقدوراً عليه، ولا يُلجأ إلى البدل أو الرخصة إلّا إذا تعذرت العزيمة، أو تعسرت، عملاً بمقتضى الأصل العام: «لا تكليف إلّا بمقدور».

وقولنا: «متوحش بالطبع»، تمييزاً للمستأنس الذي طرأ عليه «التوحش» كالبعير النادّ، أو الشاة الشاردة، لكنه يشبه المتوحش طبعاً، من حيث امتناعه، وعدم القدرة عليه في هذه الحال، وهذا فصل اختلف فيه الفقهاء، فمنهم من ألحقه بالمتوحش طبعاً من حيث عدم القدرة عليه، فأجاز اصطياده الذي يعتبر ذكاة ضرورية له. يقول ابن رشد في هذا المعنى ما نصه: «وذلك أن «العلة» في كون «العقر» ذكاة في بعض الحيوان، ليس شيئاً أكثر من عدم «القدرة عليه» لا لأنه وحشي فقط»[٢].

بينما فريق آخر من الفقهاء نظر إلى «فطرة التوحش» فاعتبرها هي «العلة» في حِلِّ الاصطياد، ولم يعتبر الطارئ، وبالتالي لم يحل الاصطياد في مثل هذه الحال[٣] الطارئة.

غير أنه يشهد للرأي الأول حديث رافع بن خديج قال[٤]: كنا مع رسول الله ﷺ في سفر، فندَّ بعير من إبل القوم، ولم يكن معهم خيل، فرماه رجل بسهم، فحبسه، فقال رسول الله ﷺ: **«إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش، فما فعل منها هذا، فافعلوا به هكذا»**[٥] رواه الجماعة.

---

(١) «بداية المجتهد»: (١/ ٤٥٥). (٢) المرجع السابق.

(٣) والإمامية، والحنفية والشافعية والحنابلة، على الرأي الأول، كما سيأتي بيانه.

(٤) «البدائع» للكاساني: (٥/ ٤٣)، قوله: «وأما الشاة فإن ندَّت في الصحراء، فذكاتها العقر؛ لأنه لا يقدر عليها، وإن ندت في المصر (المدينة) لم يجز عقرها».

(٥) أصابه السهم فوقف. والحديث أخرجه البخاري: ٢٤٨٨، ومسلم: ٥٠٩٢، وأبو داود: ٢٨٢١، =

ووجه الاستدلال أن قوله ﷺ: «إن لها أوابد» أي: إن لها «توحشاً» وهو توحش طارئ؛ لأنها ـ في الأصل ـ مستأنسة[1].

ب ـ علة حل الحيوان المتوحش المأكول اللحم بالصيد أو العقر، كذكاة له ـ هي عدم القدرة عليه، وهو مذهب الجمهور.

هذا، وظاهر الحديث يدل على «جواز أكل ما رمي بالسهم، فجرح، في أي موضع كان من جسده، بشرط أن يكون وحشيًا أو متوحشاً»[2]، وهو رأي الجمهور، لعلة عدم القدرة عليه، كما ذكرنا.

وذهب الإمامية إلى عين ما ذهب إليه الجمهور.

ج ـ هذا، وروي عن الإمام مالك، والليث بن سعد، وسعيد بن المسيب، وربيعة، أنه: «لا يُحِلُّ الأكل لما توحش، إلّا تذكيةٌ في حلقه، أو لَبَّتِهِ»[3]. ويقصد بذلك «الذكاة الشرعية» التي هي الأصل.

ويقول ابن رشد في الحيوان المستأنس إذا توحش، فلم يُقدر على أخذه، ولا ذبحه أو نحره، تعبيراً عن رأي الإمام مالك: «لا يؤكل إلّا أن يُنحرَ من ذلك ما ذكاته النحر، ويذبح ما ذكاته الذبح، أو يفعل به أحدهما، إن كان مما يجوز فيه الأمران جميعاً»[4].

غير أن ما جاء في كتاب «المسوى شرح الموطأ» للإمام مالك، وذلك فيما نصه: «أنه ـ أي: الإمام مالك ـ بلغه أن سعيد بن المسيب كان يكره أن يقتل الإنسية بما يقتل الصيد من الرمي وأشباهه[5]» فيقول الإمام الدهلوي على هذا تعليقاً: «قلت: هذا

= والترمذي: ١٤٩٢، والنسائي: (٧/ ٢٢٦)، وابن ماجه: ٣١٨٣ وأخرجه أحمد: ١٥٨٠٦. وانظر «نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/ ١٤٩) ـ ط ثالثة ـ مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ـ ١٩٦١.

(١) المرجع السابق. (٢) المرجع السابق.

(٣) «نيل الأوطار»: (٨/ ١٥٠).

(٤) «بداية المجتهد» لابن رشد: (١/ ٤٥٤)، من المعلوم أن الحيوان منه ما لا تجوز تذكيته إلّا بالذبح في أعلى العنق، ومنه ما لا يجوز ذلك إلّا بنحره كالإبل في أسفل العنق.

(٥) «المسوى» ـ شرح الموطأ ـ تأليف الإمام ولي الدين الدهلوي: (٢/ ٣٤٥) ـ طبع دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان.

مخصوص بما إذا لم يتوحش، وأمكن ذبحه، فإذا توحش صار بمنزلة الصيد، لحديث رافع بن خديج»[١].

على أن كل حيوان لا يُقدر عليه، لوحشيته طبعاً، أو توحشه طروءاً، أو ترديه في بئر حتى تعذر ذبحه في محل الذبح من الحلق[٢] أو اللَّبة[٣]، لاستعصائه، فإن «عقره ذكاته» والعقر هو: طعن الحيوان في أي موضع من جسمه كالفخذ ونحوه، شريطة أن يجرحه، ويسيل دمه ويقتله.

وسبب الاختلاف هو معارضة الأصل للخبر:

١ ـ أما الأصل، فهو أن الحيوان الإنسي الأليف لا يَحِلُّ أكله إلّا بالذكاة الشرعية، ذبحاً أو نحراً، كالشاة والإبل، وما إليها، وأن الوحشي إنما يحل أكله بالعقر، أي: بالطعن بآلة حادة في أي موضع من جسمه، بشرط أن يسيل دمه، ويموت من ذلك الجرح، هذا هو الأصل.

٢ ـ أما الخبر المعارض لمقتضى هذا الأصل، فحديث رافع بن خديج الذي رويناه آنفاً[٤].

هذا، وإنما اعتبر «العقر»[٥] في مثل هذه الأحوال «ذكاة» في حكم الشرع، لمكان «الضرورة» في كل منها، حتى ولو كان الحيوان مستأنساً أصالة[٦]، وفي هذا المعنى جاء في كتاب «تحرير الوسيلة» أيضاً ما نصه: «كل ما يتعذر ذبحه أو نحره (في محل

---

(١) المرجع السابق.

(٢) «بداية المجتهد»: (١/ ٤٥٤).

(٣) الوهدة التي في أسفل العنق.

(٤) «بداية المجتهد»: (١/ ٤٥٤)، و«نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/ ١٣٨ ـ ١٤٠).

(٥) العَقْر: هو الجرح بسهم ونحوه، في أي موضع من بدن الحيوان، بشرط أن يريق دمه، وأن يقتله بهذا الجرح، وأن يقصد تذكيته، وأن يكون أهلاً للتذكية. «الفقه على المذاهب الأربعة»: (٢/ ١٩). يصادف العقر موضع التذكية، أو لا يصادف، وسقطت شرطية الذبح والنحر.

(٦) راجع «البدائع» للكاساني: (٥/ ٤٣ وما يليها)، وراجع: «المسوى شرح الموطأ» (٢/ ٣٤٥)، وراجع: «مغني المحتاج» للخطيب الشربيني: (٤/ ٤٦٨).

الذبح) إمّا لاستعصائه، أو لوقوعه في موضع لا يتمكن الإنسان من الوصول إلى موضع ذكاته، ليذبحه أو ينحره، كما لو تردى في البئر، أو وقع في مكان ضيق، وخيف موته: جاز أن يُعقر بسيف، أو سكين أو رمح، أو غيرها، مما يجرحه ويقتله، ويحل أكله، وإن لم يصادف العقر موضع التذكية، وسقطت شرطية الذبح والنحر»[١]. وهذا شامل لكل حيوان، وحشيًّا كان أو متوحشاً، أو إنسيًّا تعذر ذبحه ونحره[٢].

على أن هذا هو ما أكدته السنة فيما روي عن أبي العُشراء، عن أبيه، قال: «قلت: يا رسول الله، أما تكون الذكاة إلّا في الحلق واللَّبة؟ قال: «**لو طعنت في فخذها، لأجزأك**» رواه الخمسة[٣]... وعلق عليه ابن تيمية بقوله: «وهذا فيما لم يُقدر عليه»[٤]. والجرح لا بد منه لتحقيق معنى الذكاة.

د ـ الحيوان الوحشي المأكول اللحم إذا استأنس، لا يحل إلّا بالذكاة الشرعية، دون العقر أو الاصطياد، لتحقق القدرة عليه، والحكم يدور مع علته، وجوداً وعدماً.

هذا، وقولنا في التعريف: «متوحش بالطبع، ممتنع عن الآدمي..» لإخراج المستأنس بالطبع من الحيوان الذي يألف الآدمي، فكان بذلك مقدوراً عليه، فلا يجوز اصطياده، ولا يحل أكله إلّا بالذكاة الشرعية، في الحلق، أو اللَّبة، حسب الأحوال، على ما سيأتي تفصيله في بحث الذبائح، وهذا بالإجماع.

وكذلك الحكم إذا استأنس الصيد، لوحدة المناط، جاء في «اللباب شرح الكتاب» في هذا المعنى ما نصه: «وما استأنس من الصيد، وصار مقدوراً عليه، فذكاته الذبح؛ لأنه ذكاة الاضطرار، إنما يصار إليها، عند العجز عن ذكاة الاختيار، ولا عجز إذا استأنس، وصار مقدوراً عليه»[٥].

---

(١) «تحرير الوسيلة» (٢/ ١٣٣).

(٢) المرجع السابق، و«شرائع الإسلام»: (٣/ ٢٠٢).

(٣) أبو داود: ٢٨٢٥، والترمذي: ١٤٨١، والنسائي: (٧/ ٢٨٨)، وابن ماجه: ٣١٨٤، وأحمد: ١٨٩٤٧. وانظر «نيل الأوطار»: (٨/ ١٤٨ ـ ١٤٩).

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق. هذا، والعقر هو الجرح بسهم، ونحوه، في أي موضع من بدنه، بشرط أن يريق دمه وأن يقتله بهذا الجرح، وأن يقصد تذكيته بهذا العقر. «بداية المجتهد»: (١/ ٤٥٤).

وعلى هذا «فالحيوانات المستأنسة بطبيعتها، كالجمال والبقر، والغنم ونحوها من الطيور والحيوانات الأليفة، لا تحل بالصيد، بل لا بد في حِلِّ أكلها من ذكاتها الذكاة الشرعية»[١].

ومعنى هذا، أنه إذا انتفى التوحش، والامتناع، وتحققت القدرة على الحيوان، فلا يحل الصيد، كالحيوانات الداجنة من البط، والإوز، والحمام البيتي دون الجبلي أو البري، وكذلك كل حيوان وحشي تأنَّس، وصار مقدوراً عليه، أو توحش ثم عاد إلى تأنُّسه، لوحدة «العلة» وهو القدرة على ذبحه، كما بينا.

هـ ـ الحيوان الوحشي إذا زال بالرمي أو بالأخذ من الجارح امتناعُه، ولم يرفع حياته، وأدركه الصائد، وفيه حياة مستقرة، لم يجز أكله إلّا بالذكاة الشرعية، لتحقق القدرة عليه.

يرشدك إلى هذا أن الصيد إذا رمي بسهم، فأصابه، ولكن لم يبلغ مقاتله، فأدرك الصائد فيه حياة مستقرة، لم يحل بالصيد، ولو جرحه، وأراق دمه، بل لا بد من تذكيته الذكاة الشرعية؛ لأنه بعد الرمي صار «مقدوراً عليه» حيث أزال الرمي امتناعه، ولكن لم يرفع حياته، وبالتالي لم يُقتل بجرحه، لا حقيقة ولا حكماً[٢]، فيصار إلى الأصل، وهو «الذكاة الشرعية» للقدرة عليه، كما بينا[٣]، وهذا بالإجماع، فقد جاء في «اللباب» ما نصه: «وإن أدرك المرسل أو الرامي... الصيد حيًّا، وجب عليه أن «يذكيه» لأنه قدر على الذكاة الاختيارية، فلا تجزئ الاضطرارية، لعدم الضرورة، فإن ترك التذكية حتى مات، وكان فيه حياة فوق حياة المذبوح، بأن يعيش مدة، كاليوم أو

(١) «الفقه على المذاهب الأربعة» قسم المعاملات، للأستاذ عبد الرحمن الجزيري: (٢/ ١٩) ـ ط سادسة ـ ط المكتبة التجارية الكبرى ـ القاهرة.

(٢) الموت الحكمي للمصيد أن ينتهي به الرمي أو أخذ الجارح إلى حركة أو حياة المذبوح، أي: حياة غير مستقرة.

(٣) «اللمعة الدمشقية مع شرحها»: (٧/ ٢٠٧)، و«اللباب في شرح الكتاب» للغنيمي الدمشقي: (٤/ ٢١٨ ـ ٢١٩)، ط المكتبة العلمية ـ بيروت.

نصفه. . . لم يؤكل؛ لأنه مقدور على ذبحه، ولم يذبحه، فصار كالميتة»[(١)] وهذا ما أكده حديث عدي بن حاتم عن رسول الله ﷺ حيث قال: «**فإذا أمسك عليك، فأدركته حيًا، فاذبحه**»[(٢)].

نخلص من هذا التحليل لتعريف الصيد شرعاً، لنبحث في الوصف الشرعي للصيد، والأدلة التي تنهض به.

غير أنّا نود ـ بادئ ذي بدء ـ أن نقرر أن الأصل في الاصطياد هو «الإباحة» إجماعاً، سواء أكان الحيوان المصيد مأكول اللحم، أم غيره.

أما الأول، فالغرض من اصطياده الانتفاع بأكله في المقام الأول، وهذه نعمة كبرى من نعم الله تعالى.

وأما الثاني، فللانتفاع بجلده، وشعره، وقرنه، أو لدفع شره، بل يباح قتله لذلك، ما لم يكن حيواناً نَجِس العين، كالخنزير، فيجب اجتنابه مطلقاً.

ثالثاً ـ مشروعية الصيد

ثبتت مشروعية الصيد بالكتاب والسنة والإجماع والقياس، ونعرضها فيما يلي مع بيان وجوه الاستدلال بها:

أولاً ـ أما الكتاب، فلقوله تعالى:

١ ـ ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُۖ فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهِۖ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ سَرِيعُ ٱلْحِسَابِ﴾ [المائدة: ٤].

---

(١) المرجع السابق، و«البدائع» للكاساني: (٥/ ٤٣)، و«المسوى» للإمام الدهلوي: (٢/ ٣٤٤)، فقد جاء فيه: «باب إذا وجد الصيد حيًا، تعين الذبح». «نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/ ١٣٥).

(٢) أخرجه البخاري: ١٧٥، ومسلم: ٤٩٧٢، وأحمد: ١٨٢٤٥. وقوله ﷺ: «**فإذا أمسك عليك**» أي: إذا صاد الكلب المعلم المصيد من أجلك، ولم يأكل منه، وأدركته حيًا، فاذبحه في محل الذبح، ذكاة شرعية. المرجع السابق، وراجع: «مغني المحتاج» للشربيني: (٤/ ٤٦٨).

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة، أن الله تعالى أحلَّ للمسلمين الطيبات، وأحل لهم أيضاً صيد ما علَّموا من الجوارح، والخطاب الإلهي موجه إليهم خاصة.

وتفصيل ذلك: أن قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] فيه إضمار يقتضيه استقامة معنى الكلام شرعاً، فكان من باب «دلالة الاقتضاء» عند الأصوليين، ولولا هذا «الإضمار» لما استقام معنى الكلام؛ إذ يكون معناه أن الله تعالى أحل لكم الطيبات، وأحل لكم الجوارح المعلمة، من الكلاب ونحوها، وهذا ليس مذهباً لأحد[١]، فكان هذا «الإضمار» لا بد منه، وهذا هو مقصود الأصوليين من «دلالة الاقتضاء» بما يستقيم به الكلام شرعاً.

وأيضاً، مما يؤكد وجوب هذا «الإضمار» قوله تعالى بعد ذلك: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] فكان هذا دليلاً وقرينة على تقدير هذا «المضمر» وهو كلمة «صيد» فكان هذا «المُقدَّر» أو ما يطلق عليه الأصوليون «المقتضى»[٢] ملحوظاً، بما دلت عليه القرينة اللفظية في سياق الآية الكريمة نفسها التي تلونا، ومن القواعد المقررة أصوليًّا، أن «الملحوظ كالملفوظ»[٣] من حيث قوة الاحتجاج.

أضف إلى ذلك، أن مما يؤكد هذا «الإضمار» أيضاً من السنة، رواية عدي بن حاتم وزيد بن مهلهل، في سبب النزول، حيث قالا: «يا رسول الله، إنّا قوم نصيد بالكلاب والبُزاة، وإن الكلاب تأخذ البقر، والحُمُر، والظِّباء (أي: الوحشية) فمنه ما ندرك ذكاته، ومنه ما تقتله فلا ندرك ذكاته، وقد حرَّم الله الميتة» فماذا يحل لنا؟ فنزلت الآية[٤].

---

(١) راجع: «تفسير القرطبي»: (٦/ ٦٥ ـ ٦٦). ط دار الكتاب العربي للطباعة والنشر ـ القاهرة ١٣٨٧ ـ ١٠٦٧م.

(٢) راجع كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، في التشريع الإسلامي»: بحث «المقتضى».

(٣) المرجع السابق.

(٤) أورده الواحدي في «أسباب النزول»: ٣٨٤، والبغوي في «تفسيره»: (٢/ ١١) ونسبوه لسعيد بن جُبير. انظر «الجامع لأحكام القرآن»: (٧/ ٢٩٨ ـ ٢٩٩) ط. مؤسسة الرسالة.

هذا، ولا ريب أن سبب النزول يلقي ضوءاً على معنى الآية الكريمة، وإن كان لا يقضي على عموم اللفظ فيها، كما هو معلوم، فكان السؤال منصبًّا على ما تأخذه الكلاب والبزاة المعلمة، أي: تصيده.

إذا تقرر هذا، فإن معنى الآية الكريمة على النحو الذي بينا كما يلي: «أحل لكم الطيبات، وأحل لكم صيد ما علمتم من الجوارح[1] بتقدير كلمة «صيد»، ولا ريب أن لفظ «الحِل» منصبٌّ على الصيد، أي: أكله، وهو من أبلغ وجوه التعبير عن الإباحة، أصوليًّا، ولذا أجمع الصحابة ومن بعدهم من العلماء على ذلك، إلى يومنا هذا.

تفسير «الطيبات المسؤول عنها في الآية الكريمة، يتعين حملها على معنى ما تستلذه النفس بفطرتها الصافية النقية، وهو معناها اللغوي؛ تجنباً للتكرار، وتحصيلاً لجدوى إفادة السائل بما يطابق مضمون استفساره، ومن الطيبات ما أحله الله تعالى بالصيد، دون ما تستقذره النفس من الخبائث، كالميتة، والمنخنقة، والموقوذة، وما إليها.

على أن بعض المفسرين قد ذهب إلى أن المراد بالطيبات ـ في الآية الكريمة التي تلونا ـ «الحلال» وهو المعنى الشرعي لهذه الكلمة، لا اللغوي، غير أن حمل الطيبات على هذا المعنى يورث «ركاكة» في معنى النظم القرآني، من حيث كونه جواباً لسؤال ذي مضمون خاص؛ إذ يغدو معنى الآية الكريمة على هذا النظر «أحل لكم الحلال» وهذا تكرار لا جدوى منه للسائل، وبيان ذلك:

أن السؤال في صريح الآية الكريمة منصبٌّ على تبين الحلال، ما هو؟ ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ﴾ [المائدة: ٤] فلا يكون الجواب: «أحل لهم الحلال»؛ لأنه لا يفيد السائل شيئاً، ولأنَّهُ إنما يستفسر عن «ماهية الحلال» فالإجابة ينبغي أن تكون مفيدة لمعنى جديد يجهلونه، فكانت تكراراً غير ذات جدوى.

أما لو كان الجواب: «أحل لكم ما تستطيبه النفس الصافية بفطرتها، أو تستلذه

(١) «فتح القدير بشروح الهداية»: (٨/ ١٧٢) ـ ط دار صادر.

الفطرة الإنسانية النقية، وهو ما جاء به الشرع تلبية لها» لكان أولى وأجدر؛ إذ به يتسق النظم القرآني في السؤال والجواب.

وعلى هذا كان «تفسير القرطبي»(١) لكلمة «الطيبات» بالحلال، حملاً لها على المعنى الشرعي دون اللغوي، يفتقر إلى إعادة النظر، لتصحيح المعنى الذي يتسق ومفهوم النص القرآني، كما يتسق به موقع الإجابة التي ينبغي أن تأتي بما يفيد السائل عن مضمون سؤاله، خشية التكرار، ولكيلا يغدو الجواب على نحو ما قيل قديماً: «فسر الماء بعد الجهد بالماء».

وعلى هذا، فإن صيد الجوارح المعلَّمة التي تُمسك على صاحبها، هي من مضمون «الطيبات»، وفي هذا إشارة إلى أن «أحكام الصيد إنما شرعت، هداية لكم، وتوجيهاً إلى ما تستطيبه أنفسكم، لتجتنبوا «الخبائث» وما تستقذره النفس الإنسانية، وهو ما أنتم عاكفون عليه من أكل الميتة، والمنخنقة، والموقوذة، والمتردية، والنطيحة!!».

هذا، ومما يؤكد ما ذهبنا إليه، أن هذا التوجيه الإلهي الحكيم في هذا الصدد، من إباحة الطيبات ـ ومنها الصيود التي تستسيغها، بل تلتذها النفس الإنسانية بفطرتها ـ أقول: هذا التوجيه الإلهي، إنما يرمي إلى الارتقاء «بالذات الإنسانية»، وذلك بإفهامها أن تناول الإنسان «الطيبات» واجتنابه «الخبائث» ـ فضلاً عن كونه امتثالاً لأمر الله تعالى ـ هو أمارة بيِّنة على صفاء فطرته، ونقاوة سريرته، وسمو نفسه، قبل أن ينزل في ذلك شرع، وأن القرآن الكريم إنما جاء ليؤكد حقيقة ما تقتضيه أصالة هذه الفطرة، وأن الشرع إنما أُنزل على قدرها، فكان ما تستطيبه النفس الإنسانية النقية، هو الذي

(١) قريب من هذا المعنى، ما أكده الإمام الشافعي، في قوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٧٥]، إذ يقول: «ما لم يرد فيه نص تحريم، ولا تحليل، ولا أمر بقتله، ولا نهي عن قتله، فالمرجع فيه إلى «العرب» من سكان البلاد والقرى (أي لصفاء فطرتهم) دون أجلاف البوادي، فإن «استطابته» العرب، أو سمته باسم حيوان حرام، فهو حرام» ـ وعلى هذا، فالمرجع ـ كما ترى ـ استطابة أو استخباث النفس الإنسانية النقية ـ ولو لم ينزل شرع، وأن الشرع ما جاء ضداً على طبائع الأشياء، مطلقاً. هذا، وما تستقذره، وتستخبثه، هو الذي حرم. «المسوى شرح الموطأ»: (٢/ ٣٣٩).

أُحِلَّ، وهو الذي سمي «الطيبات» وأما «الخبائث» التي تعافها النفس الإنسانية بطبيعتها أيضاً ـ كما ذكرنا ـ فهي التي جاء الشرع بتحريمها؛ لأنها تحمل في طياتها بذور فسادها، فعلى تقدير أن الشرع لم ينزل بتحريمها، فإن الفطرة النقية تحرمها على نفسها، فكانت «حكمة التشريع» ـ وهي عنصر عقلي ـ متساوقة مع مقتضى الفطرة السليمة ـ كما ترى ـ ومن هنا وجب تحكيم «حكمة التشريع» في تفسير النص القرآني، ليتعاضد الشرع مع العقل، ومع مراد الشارع، وقد رأيت أنّا رجحنا المعنى اللغوي «للطيبات» في قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ﴾ [المائدة: ٤] وهو ما تستطيبه النفس الطاهرة وتستلذه ـ كما ذكرنا ـ رجحناه على المعنى الشرعي وهو «الحلال» ترجيحاً مرده بلاغة النظم، وحكمة التشريع، واتساق المعنى بين السؤال والجواب، كما فصلنا.

٢ ـ قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ ... وَإِذَا حَلَلۡتُمۡ فَٱصۡطَادُواْۚ﴾ [المائدة: ١ ـ ٢][1].

ووجه الاستدلال: أن الله تعالى أحل ما كان صيداً في حالة الإحلال لا الإحرام، ثم جاء الأمر صريحاً بإباحة الصيد معلقاً على الإحلال، بعد قوله تعالى: ﴿غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ﴾ إذ الأمر بعد النهي يرفع ما كان محظوراً، ليفيد إباحته، وهي مسألة معروفة في علم الأصول، وإن كان قد وقع فيها اختلاف: أيفيد الإباحة ـ أي: «أصل المشروعية» ـ أو «الوجوب» كما هو مقتضى الأمر، أو موجبه الأصلي؟ والإباحة مستفادة من القرائن، وأيًّا ما كان، فإن قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلۡتُمۡ فَٱصۡطَادُواْۚ﴾ يفيد «أصل المشروعية حالة الإحلال» وهو الأصل، ويفيد «حرمة الاصطياد حالة الإحرام» وهو استثناء، وهذا بالإجماع.

هذا، وقوله تعالى: «فاصطادوا» يفيد إباحة الاصطياد مطلقاً في البر والبحر حالة الإحلال ـ وهي الأصل ـ لإطلاق النص، وهو المطلوب.

---

(١) وقوله تعالى: ﴿غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ﴾، كلمة «حُرُم» جمع «حرام»، ورجل حرام أي: أحرم بالحج. «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي: (٧/ ٢٩٩).

٣ ـ قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ ۖ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦][1].

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة، أن الحل والحرمة ـ كسائر الأحكام الشرعية ـ يتعلقان بالأفعال دون الأعيان، كما هو معلوم، وعلى هذا فإن «فعل الصيد» وهو «الاصطياد» حلال في البحر مطلقاً، سواء أكان الصائد مُحرماً أم غير محرم، لإطلاق النص، أما الاصطياد في البر، فهو حرام على المُحرِم فقط، وهو عين ما دلت عليه الآية الكريمة السابقة، وأن تحريم الصيد على المحرم استثناء من أصل الحل العام، فدل بذلك على أن «الصيد» الأصل فيه الحل والمشروعية، وهو المطلوب.

على أن كلمة «الصيد» في الآية الكريمة، يحتمل أن يراد بها «المصيد» من باب تسمية اسم المفعول بالمصدر كما قدمنا، ويكون متعلَّق الحكم من الحِلِّ والحرمة، هو «الفعل» أي: اصطياد المصيد، فهو حلال مطلقاً في البحر، وحرام على المحرم في البر، فالمؤدى واحد، كما ترى.

غير أن تفسير «الصيد بالمصيد» لا يقتصر الحكم فيه على الاصطياد، بل يشمل أيضاً سائر أنواع التصرفات، فلا يجوز للمحرم الاصطياد في البر، كما لا يجوز له قبول المصيد هبة، ولا شراؤه، ولا استحداث ملك فيه[2]، لعموم قوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦] إلّا ما يأكله المُحرِم من الصيد، فقد اختلف العلماء فيه، وليس هنا مقام بحثه.

فتلخص أن الاستدلال بالآيات الكريمة الثلاث، قد نهض به أصل مشروعية الصيد، بل هو القاعدة العامة في التشريع، وأن التحريم إنما هو استثناء في صيد البر بالنسبة إلى المحرم خاصة.

---

(١) وطعام البحر: ما يرمى به على الشاطئ.

(٢) المرجع السابق ص٣٢١.

ثانياً ـ أما أدلة مشروعية «الصيد» من السنة، فنعرضها فيما يلي، مع بيان وجوه الاستدلال بها:

أ ـ عن أبي ثعلبة الخشني قال: «قلت: يا رسول الله: أنا بأرض صيد، أصيد بقوسي، وبكلبي المُعَلَّم، وبكلبي الذي ليس بمعلم، فما يصلح لي؟ فقال: **«ما صدت بقوسك، فذكرت اسم الله عليه، فكُل، وما صِدْتَ بكلبك المعلم، فذكرت اسم الله عليه، فكُل، وما صدت بكلبك غير المعلم فأدركت ذكاته، فكُل»**[1].

وجه الاستدلال بهذا الحديث: أن أبا ثعلبة قد بين للرسول ﷺ أنه يتخذ وسائل ثلاثاً يصيد بها الصيد الذي في أرضه، فاستفسر عن أيٍّ منها يحل له الأكل منه، أصيد السهم؟ أو صيد الكلب المعلم؟ أو غير المعلم؟ فأجابه الرسول ﷺ أن ما صاده بقوسه فحلال أكله، إذا سمى الله تعالى عليه عند الرمي به، وأن ما صاده بكلبه المعلم، فحلال أيضاً، إذا ذكر الله تعالى عند إرساله، وهذا الحكم بإطلاقه شامل لحِلِّ الأكل من صيد الكلب المعلم، سواء أكل منه، أم لم يأكل.

أما ما يصطاده بالكلب غير المعلم، فلا يحل إلّا بالتذكية الشرعية، إذا أدركه الصائد حيًّا، أما إذا أدركه ميتاً، أو أدركه حيًّا ولم يذكّه حتى مات، فلا يحل، مما يدل على أن «تعليم» الكلب ونحوه من الجوارح شرط في حلِّ ما يصيد، وهو ما جاء به ظاهر الآية الكريمة، أو بعبارة أخرى: إن الاصطياد بالكلب غير المعلم لا يقوم مقام الذكاة الشرعية، لفوات شرط «التعليم»، حتى إذا توفر شرط «التعليم» أجزأ عنها.

هذا، وموطن الاستدلال هو أن الاصطياد حلال، ومأذون فيه شرعاً، إذا توافرت شرائطه.

فتلخص من فقه الحديث الذي روينا آنفاً: أن الصيد بالقوس ونحوه من الآلات الحادة ومن أي نوع من الفلزات صنعت، حلال أكله مطلقاً، وأن مصيد الكلب

---

(١) أخرجه البخاري: ٥٤٧٨، ومسلم: ٤٩٨٣، وأحمد: ١٧٧٥٢. وانظر «نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/ ١٣٥)، ط مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة.

المعلم، حلال أكله كذلك، أكل منه الكلب، أم لم يأكل، للإطلاق، بخلاف الكلب غير المعلم، فلا يحل، إلّا إذا أدركه الصائد حيًّا، وذكاه التذكية الشرعية.

ب ـ حديث عدي بن حاتم، قال: «قلت: يا رسول الله! إني أرسل كلبي المعلم، وأذكر اسم الله، قال: «**إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله عليه، فكل ما أمسك عليك**»، قلت: وإن قَتَلْنَ؟ قال: «**وإن قتلن، ما لم يشركها كلب ليس معها**» قلت له: فإني أرمي بالمعراض الصيد فأصيد، قال: «**إذا رميت بالمعراض، فخَزَقَ، فكُلْه، وإنْ أصابه بعرضه، فلا تأكله**»[1].

ج ـ وفي رواية ثانية: أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا أرسلت كلبك، فاذكر اسم الله عليه، فإذا أمسك عليك، فأدركته حيًّا، فاذبحه، وإن أدركته قد قتل ولم يأكل منه، فكله، فإن أخذ الكلب ذكاة**» متفق عليه[2].

د ـ وفي رواية أخرى ثالثة: عن عدي بن حاتم، أن رسول الله ﷺ قال: «**ما علَّمت من كلب أو باز، ثم أرسلته، وذكرت اسم الله عليه، فكل ما أمسك عليك**» قلت: وإن قتل؟ قال: «**وإن قتل، ولم يأكل منه شيئاً، فإنما أمسكه عليك**»[3].

هـ ـ وفي رواية لمسلم عن عدي بن حاتم أيضاً، أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله، فإذا وجدته ميتاً، فكُل، إلّا أن تجده قد وقع في الماء، فمات، فإنك لا تدري: الماء قتله، أو سهمك**»[4]؟

---

(١) أي: أن صيده والاستيلاء عليه، بمثابة الذكاة الشرعية، فيحل أكله. والحديث أخرجه البخاري: ٥٤٧٧، ومسلم: ٤٩٧٢، وأحمد: ١٨٢٦٦

(٢) البخاري: ٥٤٧٦، ومسلم: ٤٩٧٤، وأخرجه أحمد: ١٩٣٩١، وراجع «نيل الأوطار»: (٨/ ١٣٥).

(٣) أخرجه أبو داود: ٢٨٥١، وأحمد: ١٨٢٥٨، وراجع «نيل الأوطار»: (٨/ ١٣٥ ـ ١٤٥).

(٤) مسلم: ٩٤٨١، وأخرجه البخاري: ٥٤٨٤، وأحمد: ١٩٣٨٨.

وجه الاستدلال بهذه الروايات الأربع لحديث عدي بن حاتم، على «مشروعية الصيد» وما يستنبط منها من أحكام تتعلق به.

أولاً ـ دلت هذه الروايات بظاهرها على أن الصيد مشروع.

ووجه الدلالة، قوله ﷺ: **«فكل ما أمسك عليك»** وقوله: **«إن أدركته قد قتل، ولم يأكل منه شيئاً، فكله»** مما يدل على أن قتل الجارح المعلم للصيد يقوم مقام ذكاته الشرعية، وتأكد هذا في قوله ﷺ في الرواية الأخيرة التي رواها مسلم: **«فإذا وجدته ميتاً، فكل»** ولإجابته ﷺ عن استفصال عدي، واستفساره عن حكم الصيد إذا قتله الجارح المعلم، وأجهز عليه حتى مات، بقوله: **«وإن قتلن»**[1] فقال رسول الله ﷺ: **«وإن قَتَلْن»** مبيِّناً القاعدة العامة في حِلِّ الصيد بالجارح المعلم، من قوله ﷺ: **«فإن أَخْذَ الكلب ذكاة»**[2] أي: استيلاءه على الصيد: حَبْساً، وإثباتاً، وجرحاً، وقتلاً، بمنزلة الذكاة الشرعية، لإطلاق النص.

يفسر ذلك أيضاً قوله ﷺ: **«وإن قَتَلَ، ولم يأكل منه شيئاً، فإنما أمسكه عليك»**.

هذا، وقد انعقد الإجماع على «مشروعية الصيد» سلفاً وخَلَفاً، من لَدُن عصر الرسول ﷺ حتى يومنا هذا، وهو ما استقرت عليه المذاهب الجماعية المعروفة.

ثانياً ـ ما يُستنبط من هذه الروايات من أحكام وشروط، تتعلق بالصيد، وحلِّه، والصائد، وآلة الصيد.

أ ـ أما ما يتعلق بالمصيد، فإن كان مما لا يقدر عليه، وهو متوحش طبعاً، جاز اصطياده؛ لأنه هو مورد السؤال في الروايات كلها، وسواء أكان مأكول اللحم، أم لا، لإطلاق النص.

أما مأكول اللحم فظاهر، لصريح الإذن منه ﷺ كما رأيت، وإن لم يكن مأكول

---

(١) راجع «نيل الأوطار»: (٨/ ١٣٥ ـ ١٤٥).

(٢) قوله ﷺ: **«فإن أخذ الكلب ذكاة»** مقيد بألا يدركه الصائد حيًا، حتى إذا أدركه وفيه حياة مستقرة، على مذهب الشافعية، والإمامية، أو أدركه وفيه حياة فوق حياة المذبوح، فإن صيد الكلب في هذه الحال لا يجزئ ولا يقوم مقام تذكيته الشرعية في موضع الذبح، بل لا بد من الرجوع إلى الأصل، وهو الذكاة الشرعية.

اللحم، فاصطياده جائز أيضاً، لدفع شره، بل يجوز قتله، لذلك، أو للانتفاع بشعره، وجلده، وسنِّه، وقرنه، كما بينا.

ب ـ إن «المصيد» إذا أدركه الصائد حيًّا حياة مستقرة، أو فوق حياة المذبوح ـ على الخلاف بين الشافعية والحنفية ـ وجب عليه ذبحه، ليَحِلَّ أكله؛ لأنه أصبح مقدوراً عليه، فيرجع إلى الأصل، وهو «التذكية» الشرعية، لفوات الشرط، وهو «عدم القدرة عليه»، ولا يحل إذا تركه ليموت دون ذبح؛ لأنه حينئذ «ميتة» يحرم تناولها، إذا ارتفعت حياته بالموت، لا بالاصطياد وهو الذكاة الضرورية، ولا بالذكاة الشرعية، بخلاف ما إذا وجده «ميتاً» بِفِعْلِ الجارح المعلم نفسه مباشرة، فإنه حينئذ «مقتول بالاصطياد» (أي: بالذكاة الضرورية) على ما هو صريح في الروايات كلها، فيحل حينئذ ـ أكله؛ لأن اصطياد الكلب، أو الجارح المعلم، واستيلاءه على الصيد، وجرحه، وقتله له، يقوم مقام «الذكاة الشرعية» بنص الحديث: «**فإن أخذ الكلب ذكاة**» وهذا الحديث متفق عليه، كما بينا.

ج ـ لا بُدَّ من إرسال الكلب المعلم ونحوه من الجوارح قصداً إلى اصطياد المصيد، وانعقاد «النية» على التذكية، وعلى حل أكله، فلو استرسل الجارح وحده، أي: انبعث من تلقاء نفسه، دون إرسال، واصطياد، فلا يحل المصيد؛ لأن الفعل ـ وهو الاصطياد ـ يجب أن يكون منسوباً إلى الصائد، لا إلى الكلب، وذلك بإرسال الكلب دون استرساله.

د ـ ألّا يأكل الجارح المعلم من الصيد شيئاً، وذلك آية كونه «معلَّماً» وأنّه إنما أمسك على صاحبه، ومن أجله، وإلّا كان الإمساك على نفسه، وهو خلاف النص، لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] أي: من أجلكم.

هـ ـ ذكر اسم الله تعالى على الآلة عند الإرسال، وذكر اسم الله تعالى أعم من التسمية، والاختلاف في كونه واجباً، أو مسْتَحَبًّا، سيأتي تفصيل القول فيه.

هذا، وظاهر الروايات يفيد أن ذكر اسم الله تعالى في الاصطياد على «الآلة»؛ لأن هذا هو المقدور عليه، لا على المصيد، بخلاف الذكاة الشرعية، فإن التسمية فيها

على الذبيحة؛ لأنها مقدور عليها، لا على الآلة، كما هو معلوم. ويتفرع عن هذا الأصل أحكام سنأتي على ذكرها.

هذا، وتعليل الأمر بذكر اسم الله تعالى، أن «الاصطياد» فعل يتعلق به الحل، فكان ضرباً من «العبادة» لأن الاصطياد منسوب إلى الصائد، والجارح مجرد وسيلة في يد صاحبه، وكان الأمر بذكر اسم الله تعالى عند الإرسال، إشارة إلى معنى «التعبد» في الاصطياد الذي هو السبب الموصِّل إلى حِلِّ المصيد.

أما فيما يتعلق بآلات ووسائل الاصطياد، فيستخلص من الروايات ما يأتي:

١ ـ أن صيد الجارح المعلَّم، كصيد الكلب المعلم، ذلك لأن السؤال قد ورد في إحدى الروايات للحديث عن «الكلب» وعن «البازي» أيضاً، والأول من سباع الحيوان، والثاني من سباع الطير، وكلاهما من «الجوارح»، فكانت الإجابة بالحل في كليهما، دون تمييز، فدل ذلك على أن مراد الشارع: «كلُّ جارحٍ مكلَّبٍ» أي: معلم ومؤدب، وليس خصوص «الكلب المكلَّب» لأن الجوارح المعلمة في معناه[1]، ولا ريب أن وحدة المعنى أو «العلة» تقتضي «وحدة الحكم» وهو «المشروعية».

ويؤكد هذا، إطلاق النص القرآني في قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] ومعنى مكلبين أي: مؤدبين ومعلمين، وأطلق لفظ التكليب؛ لأن أكثر ما يكون «التعليم» في الكلب، لا لتخصيصه به، فيكون معنى الآية الكريمة: «وأحل لكم صيد ما علمتم من الجوارح» حال كونكم معلمين لها ومؤدبين، تصيد لأصحابها لا لأنفسها، وأن تقصد «الصيد»، أي: تعلمونها أن تقصد الصيد بإرسال صاحبها، وأن تنزجر بزجره، وأن تُمسك الصيد، ولا تأكل منه[2]، وهذا معنى الإمساك على صاحبه، في قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] أي: صِدْنَ لكم، ومن أجلكم.

على أن لفظ «الجوارح» شامل بمعناه اللغوي لكل كاسبٍ وساعٍ على نفسه، من سباع الطير، أو سباع الحيوانات ذوات الصيد، وذلك مشتق من جَرَحَ واجترح، أي: كسب واكتسب، ولا ريب أن «الجوارح» تكتسب بصيدها، وقد ورد هذا اللفظ «جَرَحَ»

---

(١) «بداية المجتهد» ابن رشد: (١/٤٥٦).
(٢) المرجع السابق.

و«اجترح» في معنى الكسب والاكتساب، في قوله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى يَتَوَفَّىٰكُم بِٱلَّيْلِ وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِٱلنَّهَارِ﴾ [الأنعام: ٦٠][(١)] أي: ما كسبتم، وقوله تعالى: ﴿أَمْ حَسِبَ ٱلَّذِينَ ٱجْتَرَحُوا۟ ٱلسَّيِّـَٔاتِ . . .﴾ [الجاثية: ٢١] أي: اكتسبوها.

على أن هذا الفصل مختلف فيه بين الفقهاء، فالجمهور على أن «الجوارح» من سباع الطير أو الحيوانات ذوات الصيد، كلها سواء في حِلّ الاصطياد بها، وخالف في ذلك الإمامية ومجاهد[(٢)]، حيث ذهبوا إلى أن المراد «خصوص الكلب المعلم»، فلا يجزئ غيره من الجوارح، ولو كانت معلمة، وسيأتي تفصيل القول في ذلك.

هذا، وقد دلت الأحاديث التي روينا على أن الصيد يحل بالآلات المحددة القاطعة من القوس، والسهم، والسيف، والرمح ونحوها[(٣)].

ب ـ أما «المِعْراض» الذي ورد السؤال عن الاصطياد به، في إحدى الروايات السابقة ـ وهو عصاً في طرفها حديد على الراجح ـ فإن الصيد به يحل، شريطة أن ينفذ في جسمه، بطرفه المحدد، بخلاف ما إذا أصابه بِعُرضِه، فلا يحل؛ لأنه «وقيذ» كالمضروب بالعصا، بدون حدٍّ، ولأنه قتل بثقل المعراض، أو بصدمه لا بحده، إلّا أن يدركه الصائد حيًّا، غير منفوذ المقاتل، ويذكّيه، فيحل؛ لأنه حينئذ ذكي لا وقيذ.

وكذلك لو رماه بحجر، أو خشبة، لا حد لها؛ لأنهما في معنى «المعراض»، والنهي يفيد التحريم.

---

(١) «شرائع الإسلام»: (٧/١٩)، روي عن ابن عباس قوله: «إن ما قبل التعليم من جميع الجوارح، فهو آلة لذكاة الصيد». «بداية المجتهد»: (١/٤٥٦).

وذهب الإمامية إلى أنه «لا اصطياد بجارح ما عدا الكلب، لا باز، ولا صقر، ولا غير ذلك، إلّا ما أدركت ذكاته» وهو قول مجاهد تلميذ ابن عباس.

(٢) المرجع السابق.

(٣) هذا، والمحدد من الآلات، من مثل الرماح، والسيوف والسهام، فمتفق عليه، للنص عليها في الكتاب والسنة لفظاً أو معنى، وكذلك ما يجري مجراها، مما يعقر «أنه يعمل عملها، فكان في معناها، ويحل به عين أثرها، وذلك من مثل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَيَبْلُوَنَّكُمُ ٱللَّهُ بِشَىْءٍ مِّنَ ٱلصَّيْدِ تَنَالُهُۥٓ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ [المائدة: ٩٤]. وفي هذا المعنى يقول الدهلوي: «قال (مالك): «فكل شيء يناله الإنسان بيده، أو برمحه، أو بشيء من سلاحه، فأنفذه، وبلغ مقاتله، فهو صيد، كما قال الله تعالى». «المسوى» للدهلوي: (٢/٣٤٥).

على أن ما جاء في الرواية الأخيرة، يفيد أيضاً أنه لا بد من «التحقق» أن المصيد قد مات بنفاذ الآلة في جسمه (بالعقر) لا بسبب آخر، ولو على سبيل المشاركة، من الغرق أو الخنق، أو التردي من شاهق، أو الوقذ، وما إلى ذلك، مما لا يحل به الصيد، وهو ما أشار إليه قوله ﷺ: «**إلّا أن تجده قد وقع في الماء، فمات، فإنك لا تدري الماء قتله، أو سهمك**». فقوله ﷺ: «**فإنك لا تدري**» أي: «يساورك الشك» فلا بد إذن من «التحقق» أو «اليقين» أنه قد مات بتمزيق أو تخريق الآلة المحددة لجسمه وحدها، شرطاً في الحل، وهذا هو معنى «الخزق» الذي ورد في بعض ألفاظ الحديث، كي ينتفي الشك في مشاركة سبب آخر للآلة في قتل المصيد، فلا يُدرى أكان موته بالاصطياد، أو بغيره؟ فلا بد من التيقن، فلا يحل بالاحتمال والشك.

وخلاصة القول: أن «المعراض» ونحوه إذا نفذ في جسم المصيد، خزقاً، بطرفه المحدد، حل أكله وكان ذلك ذكاة له، بحكم الشرع على سبيل الترخيص، بخلاف ما أصابه بعرضه، فلا يحل؛ لأنه لم يصبه بطرفه المحدد، فلم ينفذ إلى جسمه، وهذا هو رأي الجمهور، وهو مذهب الإمامية أيضاً[1].

على أن بعض الفقهاء قد خالف هذا الرأي، حيث ذهب إلى حل أكل «المصيد» بالمعراض مطلقاً، ومن هؤلاء الإمام الأوزاعي، على ما سيأتي تفصيله.

هذا، ومنشأ الخلاف، هو «معارضة الأدلة بعضها لبعض» ونتناولها بالبحث فيما يلي.

---

(١) «نيل الأوطار»: (٨/ ١٤٣)، وهذا ما جاء في حديث عدي بن حاتم من قوله ﷺ: «**ولا تأكل من المعراض إلّا ما ذكيت**»، وذلك لأن الله تعالى أباح الصيد على صفة، فقال عز شأنه: ﴿تَنَالُهُۥٓ أَيۡدِيكُمۡ وَرِمَاحُكُمۡ﴾ [المائدة: ٩٤] والصيد بالمعراض ونحوه إذا كان بعرضه، ليس منه. المرجع السابق.
على أن الإمامية يجيزون أكل صيد قتل بسهم أصابه، وليس فيه حديد، ولو أصابه «معترضاً» فقتله، جاز أكله. «النهاية في مجرد الفقه والفتاوى» لأبي جعفر الطوسي ص٥٧٩ ط دار الكتاب العربي ـ بيروت، و«فتح القدير» للكمال بن الهمام: (٨/ ٨٥)، حيث جاء فيه ما نصه: «وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل، وإن جرحه يؤكل» لقوله عليه السلام: «**ما أصاب بحده، فكل، وما أصاب بعرضه، فلا تأكل؛ لأنه وقيذ**»، وراجع: «مغني المحتاج»: (٤/ ٢٧٣ ـ ٢٧٤).

أن الإجماع منعقد على أن «الوقيذ» مُحرَّم أكله، لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ﴾ [المائدة: ٣] وهو قاطع في دلالته على التحريم، غير أن الدليل قائم أيضاً على أنَّ «العقر» هو ذكاة الصيد، وهو جرح المصيد في أي موضع من جسمه بالسهم أو السيف ونحوهما من الآلات الحادة ـ كما بينا ـ وهذا من «ذكاة الضرورة»، فنشأ الخلاف من تعارض هذين الأصلين، في الحيوان الذي أصيب بالمعراض، أتتناوله آية تحريم الموقوذ، أو يشمله الدليل الثاني الذي يقضي أن العقر ذكاة الصيد، فيعتبر معقوراً لا موقوذاً؟

فمن ذهب إلى أنه «وقيذ» حرم أكله، ومن ذهب إلى أن إصابة المعراض الصيد نوع من العقر، بالنسبة إليه، لم يحرمه مطلقاً.

وعلى هذا، فالخلاف ـ كما ترى ـ في «تحقيق المناط»[1] كما يقول الأصوليون، وهو من أهم أسباب اختلاف الفقهاء.

هذا، والنظر الاجتهادي المختلف في حكم المسألة الواحدة، لا بد فيه من ترجيح الرأي الأقوى، ومما لا شك فيه أن المرجِّح هنا لرأي الجمهور، حديث عدي بن حاتم، حيث يقول ﷺ: قلت له: فإني أرمي بالمعراض الصيد، فأصيد، قال: «**إن رميت بالمعراض فخَزَق، فكُله، وإن أصابه بعرضه، فلا تأكله**». وهذا نص صريح في المسألة، ولا اجتهاد في مورد النص.

وأيضاً، هذا ضرب من الصيد بالمُثَقَّل، كالحجر، والخشب، والبندقة[2] من الطين اليابس، وما كان كذلك فلا يحل أكله إلّا إذا أدركه الصائد حيًّا، غير منفوذ المقاتل، وذكَّاه تذكية شرعية، فيحل بها لا بالرمي بالمثقَّل الذي ليس فيه ما يشبه الذكاة، ولا معناها.

ثالثاً ـ أما دليل القياس على إباحة الصيد، فلأنه كسبٌ مباح في الأصل[3]، ومن سبق إلى شيء امتلكه.

---

(١) راجع بحثاً مستفيضاً في تحقيق المناط كسبب هام من أسباب اختلاف الفقهاء في كتابنا: «الفقه المقارن مع المذاهب».

(٢) «البندقة»: كرة من الطين يابسة، ومعنى «الخزق» هو النفاذ إلى جسم المصيد وإسالة دمه.

(٣) «التحفة» في الفقه المالكي: (٢/ ٨٦)، هذا وقد جاء في «النهاية» في الفقه الإمامي: «ولا يؤكل من =

رابعاً ــ حكم الصيد، أو وصفه الشرعي في الأحوال المتغايرة

يعتري الصيد من حيث «وصفه الشرعي» أحكام شرعية خمسة، بحسب الأحوال:

أولاً ـ أنه مباح، ومأذون فيه شرعاً، لما بسطنا من الأدلة من الكتاب والسنة، ولما بينا من وجوه الاستدلال بها، والإباحة يستوي فيها طرف الفعل والترك، وهذا في الأحوال العادية.

ثانياً ـ أنه مندوب إليه، بمعنى أن جانبَ الفعل أرجح، ولكنه لا يرتقي إلى مستوى الإلزام، كما هو معلوم، وهذا في حال التوسعة على العيال.

ثالثاً ـ أنه «واجب عند الضرورة» لإحياء نفس.

رابعاً ـ أنه «مكروه» إذا قُصد به التلهي والترويح[١] عن النفس، والمكروه جانب الترك فيه أرجح.

خامساً ـ حرام إذا كان عبثاً لغير قصد، وكَرِهَهُ الإمام مالك، إسرافاً، والحرمة هنا منظور في حكمة تشريعها إلى «تعذيب الحيوان» دون غرض جدي، أو منفعة حقيقية[٢] فضلاً عن أنه إتلاف للحيوان ـ وهو مال ـ دون حاجة، وقد نهى الرسول ﷺ عن قتل الحيوان إلّا لمأكلةٍ.

= الطير ما يصاد بسائر أنواع آلات الصيد، إلّا ما أدرك ذكاته، إلّا ما يقتله سهم، يكون مرسله قد سمى عند إرساله، فإن لم يكن صاحبه سمى، أو صيد بالبندق، أو المعراض، أو الحجارة، وما أشبه ذلك، فمات فيه، لم يحل أكله». «النهاية» للطوسي: ص٥٧٩.

(١) راجع في هذه الأحكام التي تعتري الاصطياد، بحسب اختلاف الحالات «بداية المجتهد»: (١/ ٤٥٣ وما يليها)، و«تفسير القرطبي»: (٦/ ٦٦).

(٢) «القوانين الفقهية»: ص١٧٢، و«رد المحتار»: (٥/ ٤٥٧ ـ ٤٥٨)، وراجع: كتاب «الفقه الإسلامي» للدكتور فوزي فيض الله: ص٨٤، و«تفسير القرطبي»: (٦/ ٧٦ وما يليها).

هذا ويقرر ابن رشد ما يعتري الصيد من الأحكام الشرعية تبعاً للحالات المتغايرة، فيقول في «بداية المجتهد»: «وللمتأخرين من أصحاب (مالك) فيه تفصيل: محصول قولهم فيه: إن منه ما هو في حق بعض الناس واجب، وفي حق بعضهم حرام، وفي حق بعضهم مندوب، وفي حق بعضهم مكروه». «بداية المجتهد»: (١/ ٤٥٣).

هذا، وقد قدمنا أن من فقهاء المالكية من ألحق المتوحش بالوحش من سباع الحيوان أو الطير، فأجاز أكله بالصيد[1]، وهو الرأي الذي ينبغي المصير إليه.

ثانياً ـ أن تجرحه الآلة المحددة كالسهم ونحوه، فيدميه، ويموت من هذا الجرح، حتى يكون في معنى «الذكاة الشرعية» الاختيارية، ليقوم مقامها، وإن لم يكن في موضعها، ولا بقدرها.

ويتفرع عن هذا، أنه إن لم يمت من هذا الجرح، وأدركه الصائد حيًّا حياة مستقرة أو حياة فوق حياة المذبوح[2]، فلا يحل حينئذ إلّا بالتذكية الشرعية الاختيارية.

هذا، ويرى بعض الإمامية عدم اعتبار استقرار الحياة، بل اعتبار أصل الحياة كاف.

وتعليل ذلك: أن الحيوان المصيد بعد إصابته بالجرح الدامي، وإدراك الصائد له حيًّا ـ على النحو الذي بينا ـ قد أصبح «مقدوراً عليه» وارتفع امتناعه، فزال بذلك سبب ذكاة الضرورة وهو «الصيد»، فوجب الرجوع إلى الأصل، وهو «الذكاة الشرعية الاختيارية» في محل الذبح، فلا يحل إلّا بها في مثل هذه الحال، إجماعاً.

وبهذا التعليل الفقهي، يتبين أن «عدم القدرة» على المصيد لكونه وحشيًّا بطبعه، ولامتناعه أو لتوحشه، هو «علة حكم ذكاة الاضطرار» وهي الصيد، حتى إذا زال ذلك بالجرح الدامي الذي يُبطل منعته، فقد صار مقدوراً على ذبحه؛ إذ العلة تدور مع الحكم، وجوداً وعدماً، والمقدور عليه من الحيوان المأكول اللحم، لا يحل إلّا بالذكاة الشرعية.

---

(١) «القوانين الفقهية» لابن جزي المالكي ص١٧٢.

(٢) هذا عند الشافعية، وهو مذهب الحنفية. ومعنى الحياة المستقرة شدة حركة الحيوان المذبوح بعد قطع الحلقوم والمريء. «الوجيز»: (١/ ١٠)، و«تحرير الوسيلة»: (٢/ ١٣٢)، و«اللمعة الدمشقية»: (٧/ ٢٠٢ وما يليها)، و«الوجيز»: (٢/ ٢١٠)، و«الدر المختار» و«شرحه رد المحتار»: (٥/ ٤٦٤ ـ ٤٦٥)، و«فتح القدير»: (٨/ ١٧٨ وما يليها)، و«القوانين الفقهية» لابن جزي ص١٧٢.

هذا، وإنما اشترطنا: أن يموت من الجرح الدامي بالآلة المحددة، ليكون موته بالاصطياد لا بغيره من الأسباب، كالخنق، أو التردي من جبل، أو الوقذ، أو الحذف بحصاة من مقلاع ونحوه، أو من وقوعه في الماء وغرقه، أو من صدمة بِمُثَقَّل من حجر غير محدد، أو خشب، أو معراض أصابه بعرضه، لا بحده، أو مات من رعب، أو غير ذلك، مما يثبت أنه مات بغير الاصطياد المنسوب إلى الصائد مباشرة، على ما سيأتي بيانه، فلا يحل أكله؛ لأنه «ميتة» في كافة هذه الأسباب والصور[١].

يدل على هذا، حديث عدي بن حاتم، حيث اشترط «الجرح» قال: قال رسول الله ﷺ: «**إذا رميت، فخزقت، فكُل، وإن لم تخزق فلا تأكل، ولا تأكل من المعراض، إلّا ما ذكيت، ولا تأكل من البندقة، إلا ما ذكيت**»[٢].

هذا، ووجه الاستدلال ظاهر، وهو أن «الخزق» بمعنى الطعن بآلة حادة تنفذ في أي مكان من جسم المصيد، وتدميه، بحيث يسيل دمه منه، ويموت، ليكون بمعنى الذكاة الشرعية، من هذا الوجه، وبدون ذلك من «الوقذ» أو «الصدمة» أو السقوط من شاهق، أو الخنق، أو الغرق، وما أشبه، لا يكون في معنى الذكاة الشرعية بحال؛ إذ لا يسيل منه الدم الخبيث في هذه الأحوال، لذا كان محرماً أكله، ولأنه ميتة، إلّا إذا

---

(١) جاء في «النهاية» للطوسي: ص٥٧٠ ما نصه: «ولا يؤكل من الطير ما يُصاد بسائر أنواع آلات الصيد إلّا ما أدرك ذكاته، إلّا ما يقتله السهم ويكون مرسله قد سمى عند إرساله، فإن لم يكن صاحبه سمى، أو صيد بالبندق (حصى من طين يابس) أو المعراض أو الحجارة وما أشبه ذلك، فمات فيه، لم يجز أكله». راجع: «بداية المجتهد»: (١/ ٥٠). هذا، ويحدد الإمام الطوسي أدنى ما يكون معه لحاق الذكاة، أن تطرف عينه، أو يتحرك ذنبه، أو تركض رجله، وهو قول سعيد بن المسيب. المرجع السابق.

(٢) انظر: «نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/ ١٤٣)، و«بداية المجتهد»: (١/ ٤٥٥)، وراجع: «اللمعة الدمشقية»: (٧/ ١٩٦ و٢٠٤)، و«فتح القدير»: (٨/ ١٧٨)، و«مغني المحتاج» للخطيب الشربيني: (٤/ ٢٦٩)، وفي هذا المعنى يقول: «ويكفي في النادّ والمتردي، جرح يفضي إلى الزهوق» أي: الموت. راجع فيما تقدم أيضاً «اللباب، شرح الكتاب» للغنيمي الدمشقي: (٣/ ٢٢٠ وما يليها)، وراجع «الهداية مع فتح القدير» للمرغيناني ـ والكمال بن الهمام: (٨/ ١٧٢ وما يليها) ـ هذا وقوله: «فخزقت» أي: أنفذت السهم ونحوه إلى جسم الحيوان المصيد، وأسلت دمه.

أدركه حيًّا غير منفوذ المقاتل، وذكّاه تذكية شرعية، كما أسلفنا، فتتحقق حينئذ «حكمة التشريع» من انفصال الدم الخبيث، فيطهر الذبيح، ويحل؛ لأنه ذكيّ.

آراء الفقهاء في حكم الحيوان المستأنس، إذا توحش، بم تكون ذكاته؟ وكذا إذا استعصى وتعسر ذبحه.

إذا كان الحيوان مستأنساً في الأصل، كالشاة، والبعير، ثم «توحش» حتى أصبح غير مقدور عليه، إلّا بعسر شديد، كانت ذكاته «بالعقر»، وهذا هو مذهب الجمهور، والإمامية[١].

هذا، ويلحق به الحيوان المستأنس[٢] إذا تردى في بئر، فاستعصى على الذبح، أو النحر[٣] وكذا الجاموس الصائل[٤] ونحوه، لعدم القدرة على ذبحه في المكان المخصوص.

والعقر هو الطعن بالرمح أو السيف[٥] ونحوه، في أي مكان من جسم الحيوان ـ كما أسلفنا ـ إيجاباً للتكليف بقدر الطاقة، وسدًّا للحاجة، وحفظاً للمال من الضياع.

على أنه لا يشترط «التعذر» أو استحالة الذبح في «حالة التوحش» أو «حالة الاستعصاء»، بل يكفي «التعسر» أو «المشقة البالغة»، لما رواه البخاري ومسلم من حديث رافع بن خديج، قال: كنا مع رسول الله ﷺ في سفر، فندَّ بعير من إبل القوم،

---

(١) «نيل الأوطار»: (٨/ ١٤٩)، وروي عن الإمام مالك والليث بن سعد، وربيعة الرأي (شيخ الإمام مالك) أنه لا يحل الأكل لما توحش، إلّا بتذكية في حلقه، أو لبته. المرجع السابق. وقد أشرنا إلى أن من فقهاء المالكية من قال بالعقر في هذه الحال.

(٢) راجع في مذهب الإمامية: «تحرير الوسيلة» ص١٢٢، ١٣٣، و«اللمعة الدمشقية مع شرحها»: (٧/ ٢٠٤ وما يليها).

(٣) المرجع السابق «تحرير الوسيلة».

(٤) المرجع السابق.

(٥) «نيل الأوطار»: (٨/ ١٤٩) ـ يقول الإمام الشوكاني في تفسير قوله ﷺ في حديث أبي العشراء: «**لو طعنت في فخذها لأجزأك**» أي: فيما لا يُقدر عليه، يقول الشوكاني: «قال أهل العلم بالحديث: هذا عند الضرورة، كالتردي في البئر وأشباهه». المرجع السابق.

ولم يكن معهم خيل، فرماه رجل، فحبسه، فقال رسول الله ﷺ: «**إنّ لهذه البهائم أوابد، كأوابد الوحوش، فما فعل منها هذا، فافعلوا به هكذا**»[1] وكان من الممكن أن يدركوه، ويحبسوه، بجماعة منهم، ولكن بمشقة غير معتادة.

يقول الإمام الشوكاني: وفي الحديث جواز أكل ما رُمي بالسهم، فجرح في أي موضع كان من جسده، بشرط أن يكون وحشاً أو «متوحشاً» وهو مذهب الجمهور.

هذا، وإنما قلنا: جرحه في أي موضع من جسمه، شريطة أن يدميه، ويموت منه، ليقوم ذلك مقام الذبح في حلقومه، أو وَدَجَيْه.

هذا، والعقر ذكاة الضرورة، أي: هو ذكاة سببها حالة الضرورة[2]، من إضافة الشيء إلى سببه.

ومن حالات الضرورة: خوف فَوْتِ حياة الحيوان المأكول اللحم، كما إذا تردى من جبل، وكان فيه حياة مستقرة، أو وقع في بحر وخيف عليه الغرق، فيجزئ عقره في مثل هذه الحال، ليحل أكله؛ لأن هذا هو «المقدور عليه» ولا تكليف إلّا بقدر الوسع، تيسيراً على العباد، وعدم إضاعة المال ـ كما ذكرنا ـ.

قال أبو داود: هذا لا يصح إلا في المتردية، والمتوحش[3].

وقال الترمذي: وهذا في حال الضرورة، كالحيوان الذي تمرد، أو شَرَد، فلم يُقدر عليه، أو وقع في بحر، وخفنا غرقه، فنضربه (نطعنه) بسكين أو سهم، فيسيل دمه، فيموت، فهو حلال[4].

---

(١) أي: من كل ما يجرح وينفذ في جسده. والحديث البخاري: ٢٤٨٨، ومسلم: ٥٠٩٢، وأخرجه أحمد: ١٥٨٠٦.

(٢) «نيل الأوطار»: (٨/ ٤١٩)، و«بداية المجتهد»: (١/ ٢٨).

(٣) المرجع السابق، وراجع: «فقه السنة» للشيخ سيد سابق: (٣/ ٣٠٥): ط دار الكتاب العربي ـ بيروت، و«مغني المحتاج» للشربيني: (٤/ ٢٦٩).

(٤) راجع ما تقدم، و«فقه السنة»: (٣/ ٣٠٥). هذا والإمامية ـ فيما يبدو ـ مختلفون في تصورهم للحد الأدنى من الحياة التي يدرك الصائد الحيوان عليها بعد جرحه بالصيد بالآلة الجامدة، أو الكلب الجارح المعلم، والتي تستوجب تذكيته الذبيحة، ليحل، فبينما تجدها في «النهاية» محددة بكون عين المصيد تطرف، ورجله تركض، وذنبه يتحرك، إذا هي في «اللمعة الدمشقية وشرحها»، محددة بالحياة المستقرة.

وأنت لو أمعنت النظر في «مشروعية» ذكاة «الضرورة» هذه، لرأيت سببها «عدم القدرة على ذبح الحيوان بالذكاة الشرعية التي هي الأصل»[١]، والقاعدة المقررة شرعاً أنه لا يصار إلى البدل، إلّا إذا تعذر الأصل، أو تعسر، وقد أشرنا إلى أن العقر ـ وهو الطعن بمحدد في أي موضع من جسم الحيوان، طعناً مدمياً له يفضي إلى موته منه ـ يقوم مقام «العزيمة» في الحالات التي بيناها، وهو مذهب الجمهور، ما عدا ما روي عن الإمام مالك في «المتوحش» وأنه لا يحل إلّا بالذكاة الشرعية دون العقر[٢]، وقد أشرنا إلى أن شارح «الموطأ» الإمام الدهلوي، قد علق على هذا، ورأى أن ذلك في «المقدور عليه» الذي يمكن أن يُذبح بتلك الذكاة[٣]، دون ما نحن فيه من الحالات.

على أن من فقهاء المالكية من ألحق المتوحش بالوحش وسباع الطير، فأجاز أكله بالصيد[٤] كما أسلفنا.

هذا، وتجدر الإشارة إلى أن تلك الحالات التي يجوز فيها «العَقر» كذكاة ضرورية لا يجوز فيها «الصيد» عن طريق «إرسال الجارح المعلم»، لاقتصار النصوص على «العقر» بالمحدد، من مثل حديث أبي العشراء، عن أبيه، قال: «قلت: يا رسول الله! أما تكون الذكاة إلّا في الحلق، واللَّبة؟ قال: «**لو طعنت في فخذها، لأجزأك**»[٥]،

---

(١) «بداية المجتهد»: (١/ ٤٥٠).

(٢) «بداية المجتهد»: (١/ ٤٥٠).

(٣) جاء في «المسوى شرح الموطأ»: (٢/ ٢٤٥): «أنه ـ أي: مالكاً ـ بلغه أن سعيد بن المسيب، كان يكره أن يقتل الأنسية بما يقتل به الصيد، من الرمي وأشباهه، قلت (الدهلوي): هذا مخصوص بما إذا لم يتوحش، وأمكن ذبحه، فإذا توحش صار بمنزلة الصيد».

(٤) جاء في «مغني المحتاج» ما نصه: (٤/ ٢٦٩): «ولو تردى بعير ونحوه في بئر، ولم يمكن قطع حلقومه فكنادٌ، قلت: الأصح لا يحل بإرسال الكلب». وراجع «رد المحتار»: (٥/ ٢٦٤ ـ ٢٦٩). هذا، وفيما يتعلق بالإمام مالك ـ فضلاً عما تقدم من تعليق شارح «موطئه» (الدهولي) ـ فقد جاء في «القوانين الفقهية» لابن جزي ص١٧٢، أن من فقهاء المالكية من ألحق المتأنس الذي توحش، بالوحش وسباع الطير، فأجاز أكله بالصيد. ص١٧٢.

(٥) أخرجه أبو داود: ٢٨٢٥، والترمذي: ١٤٨١، والنسائي: (٧/ ٢٨٨)، وابن ماجه: ٣١٨٤، وأحمد: ١٨٩٤٧.

وعلق عليه الإمام الشوكاني بقوله: «وهذا فيما لم يقدر عليه»[١] فوجب الوقوف عند هذه الوسيلة.

اجتهاد الإمامية في كل حيوان ــ ولو مستأنساً ــ إذا تعذر أو تعسر ذبحه أو نحره، فإن العقر ذكاته، للضرورة التي مردُّها عدم القدرة عليه، وإن لم يصادف العقر موضع التذكية الشرعية، دفعاً للحرج، وعدم إضاعة المال، وسدًا للحاجة.

على أن هذا هو اجتهاد الإمامية، فقد جاء في تحرير الوسيلة ما نصه: «كل ما «يتعذر» ذبحه أو نحره، إمّا لاستعصائه، أو لوقوعه في موضع لا يتمكن الإنسان من الوصول إلى موضع ذكاته، ليذبحه، أو لينحره، كما لو تردى في البئر، أو وقع في مكان ضيق، وخيف موته، جاز أن يعقر بسيف، أو سكين، أو رمح، أو غيرها، مما يجرحه، ويقتله، ويحل أكله، وإن لم يصادف «العقر» موضع التذكية، وسقطت شرطية الذبح والنحر»[٢]. أي: لهذه الضرورة، وهذا بعمومه شامل كل حيوان، ولو كان مستأنساً.

هذا، وأشار الفقهاء إلى أنه يكفي جرح النادّ، أو المتردي، جرحاً يفضي إلى «الزهوق»، وقيل: يشترط أن يكون «مذفِّفاً» أي: يُسرع للقتل، ويقول «مغني المحتاج» ما نصه: «ويكفي في النادّ، أو المتردي، جرح يفضي إلى الزهوق»[٣]. أي: الموت.

غير أن بعض الفقهاء قيَّد الجرح الذي يؤدي إلى الموت أن يكون «مُذفِّفاً» أي: يسرع للقتل[٤]، والأصح الأول.

حكم الصيد بالبندقية النارية ونحوها من الأسلحة الحديثة المعروفة في أيامنا:

نخلص مما سبق إلى أن «المصيد» لا يحل أكله إذا أصابه «المعراض» أو السهم

---

(١) «نيل الأوطار»: (٨/ ١٤٩).

(٢) «تحرير الوسيلة»: (٢/ ١٣٣)، و«اللمعة الدمشقية مع شرحها»: (٧/ ٢١٦) في سقوط شروط التذكية الشرعية، ومنها استقبال القبلة.

(٣) «مغني المحتاج»: (٢/ ٣٦٩).

(٤) المرجع السابق.

بعرضه، أو صيد بالحذف، برميه بحصاة أو بالمقلاع، أو ببندق الطين[١] اليابس؛ لأن هذا ونحوه قد ورد النص بتحريمه؛ إذ يقتل بثقله، لا بجرحه ونفاذه في جسم المصيد، فلا يحل لذلك، إلّا إذا أدركه الصائد حيًّا، وذكاه، بذبحه في موضع الذبح.

أما الصيد بالبندقية النارية ونحوها بما تطلق من الرصاص على الصيد الذي ينفذ إلى جسم المصيد، ويدميه، بفعل نار البارود أيضاً، ويقتله، أن الصيد بهذه الآلة جائز أكله على الراجح؛ لأنه يُنهر الدم، ويُجهز على الصيد، أي: يسرع في قتله وإتمامه، بل هو أكثر نفاذاً وتذفيفاً وإجهازاً من السهم، فتحققت بذلك التذكية الشرعية، ولا سيما أنه يقتل بحدِّه، لا بصدمه، وإلّا فما سبب «إنهار الدم» في المقتول من الصيد برصاص البندقية؟

وجوب تذكية الحيوان الوحشي المستعصي بعد الإصابة برصاص البندقية النارية، وجرحه إذا أدركه الصائد حيًّا، غير منفوذ المقاتل، للاحتياط.

غير أننا نرى، أن على الصائد ـ ما أمكن ـ إذا أدرك المصيد بالبندقية النارية حيًّا، غير منفوذ المقاتل[٢]، أو فوق حياة المذبوح[٣] ـ على حد تعبير الفقهاء ـ وبعد إصابته برصاص هذه البندقية وجرحه، وسيلان دمه، أقول: عليه أن يذكيه في مثل هذه الحال، وإلّا فلا يحل، لأمرين:

الأول: لأنه أصبح مقدوراً عليه، فيجب الرجوع حينئذ إلى الأصل، ما أمكن،

(١) وهو ما يصنع من الطين باليد على شكل النواة، ولعل تسمية «البندقية» التي تقذف الرصاص بقوة نار البارود، مأخوذة مما كان يعرفه الأقدمون من بندقة الطين اليابس، وحكم الصيد شرعاً يختلف بالنسبة إلى كل منهما، فالأول يحل أكل المصيد به، لما عللنا في المتن؛ إذ به يتحقق معنى الذكاة الشرعية، ومناطها، بخلاف الثاني، فلا يحل لعدم تحقق هذا المناط ـ فالخلاف ـ كما ترى ـ في «تحقيق المناط».

(٢) المقاتل خمسة: قطع النخاع الشوكي، بتر الدماغ، نثر الحشو، فري الودج، ثقب مصير.

(٣) أي: حياة مستقرة، يمكن أن يعيش معها المصيد، وهو ما ذهب إليه الشافعية والإمامية. راجع «مغني المحتاج»: (٤/ ٢٦٩ وما يليها)، وراجع: «شرائع الإسلام»: (٣/ ٢٠٢) إذ يقول مؤلفه: ويذكي ما بقي إن كانت حياته مستقرة.

قياساً على المصيد بالسهم، أو بالجارح المعلم إذا أدركه الصائد حيًّا غير منفوذ المقاتل ـ كما ذكرنا ـ لانتفاء علة ذكاة الضرورة ـ وهي «عدم» القدرة عليه ـ إذ الحكم يدور معها وجوداً وعدماً، وإلّا فلا يحل؛ لأنه ميتة.

الثاني: للاحتياط في حِلّ أكل الصيود، لأن الصيد لا يعرى عن مَعنى التعبد، وأكبر مظهر لتحقق الاحتياط، هو الخروج من الخلاف، في حلِّ المصيد بالبندقية النارية، على النحو الذي بينا.

اجتهاد الإمامية في حكم الصيد بالآلة المعروفة المسماة بالبندقية النارية ونحوها، مع توفر الشرائط الأخرى، لحل المصيد، واجتهادهم في الرمي بالبندقية من الحديد.

اتجه الفقه الإمامي إلى حِلِّ أكل المصيد بهذه الآلة، لتحقق «مناط» التذكية الشرعية، أو معناها، من إنهار الدم، وموت الصيد من إصابتها، إذا توفرت سائر الشروط.

غير أن فقهاء الإمامية، قد فرقوا بين الصيد بالبندقية النارية المعروفة ونحوها، والصيد بالبندقية من الطين اليابس، أو حتى من الحديد غير المحدد، فنوهوا بحرمة مقتولها، والاختلاف في الحكم بينهما كان تبعاً لتحقيق المناط وعدمه في اجتهادهم، فقد جاء في «تحرير الوسيلة» في هذا الشأن ما نصه: «لا يبعد حِلِّيَّةُ ما قُتل بالآلة المعروفة المسماة بالبندقية، مع اجتماع الشرائط، بشرط «أن تكون البندقية محددة نافذة بحديتها، على الأحوط» فيجتنب ما قتلَ بالبندق الذي ليس كذلك، وإن جَرَحَ، وخزق بقوته»[1].

على أن هذه التفرقة في الحكم مردها التمييز بينهما، من حيث الإصابة بالحدة أو الصدمة أو الثِّقل، فالأول مصيد بالحِدَّة النافذة، والثاني مصيد بالصدمة، وإن خرق؛ لأنه ـ في اجتهادهم ـ يشبه «الوقذ» فكان الاحتياط في تجنبه، وهو ما أشار إليه

(١) «تحرير الوسيلة» المسألة ٨: (٢/ ١٢٣).

المؤلف بقوله: «والبندقة التي قلنا في المسألة السابقة بحرمة مقتولها، غير هذه النافذة الخارقة بحدتها»[(١)] وهذا بيِّن.

رأينا في اجتهاد الإمامية في هذه المسألة:

ونحن نرى أن البندق من الرصاص، أو الحديد، مما يكون على شكل كرات أو كريات، إذا اخترق جسم الحيوان ونفذ، وأنهر دمه، وقتل من جراء ذلك، بأن نفذ إلى مقاتله، وصرعه، أنه يحل، ولو لم يكن محدداً؛ لأن معنى الذكاة قد تحقق بأمرين: بالاختراق أولاً، وإنهار الدم ثانيةً، يؤيد هذا قوله ﷺ: «**يحل لكم ما ذكيتم، وما ذكرتم اسم الله عليه وخزقتم، فكلوا منه**» في رواية عدي بن حاتم.

هذا، وفي رواية أخرى عن عدي، قوله ﷺ: «**إذا رميت فسميت فخزقت فكل، وإن لم تخزق، فلا تأكل**»[(٢)].

وكذلك ما روي عن رافع بن خديج، عن النبي ﷺ من قوله: «**ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكلوا، ما لم يكن سِنًّا أو ظُفراً**»[(٣)].

هذا، وإذا تحقق هذان الأمران، مع سائر الشرائط، كان ذلك سبباً شرعيًّا موصِّلاً إلى حل المصيد، بنصوص السنة، ومعقولها.

وأيضاً، إن البندق من الحديد، أو الرصاص، الذي يكون على شكل كرات، أو كريات، مما يندفع بعنف شديد، ويخترق جسم المصيد، ويُنهر دمه، ويقتله، أشد إزهاقاً وتذفيفاً، بما يُحدث من الجرح السائل، على ما هو مشاهد، بنفوذ مقاتله، وسيلان دمه، لا بالصدمة التي تكون بِعُرض المعراض، أو عُرض السهم، كما هو معلوم، ويخالف فعل البندقة من الطين بالبداهة، فالعبرة بالأثر، لا باتفاق الاسم.

---

(١) «النهاية» ص٥٨٠ وما يليها.

(٢) أخرجه أحمد: ١٩٣٩٢، وهو حديث صحيح. راجع: «نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/ ١٤١ وما يليها).

(٣) أخرجه البخاري: ٢٤٨٨، ومسلم: ٥٠٩٢، وأحمد: ١٥٨٠٦. وانظر المرجع السابق، وراجع: «المجموع شرح المهذب»: (٥/ ٨٠)، فإذا كان قوله ﷺ: «**ما أنهر الدم**» في الذكاة الشرعية، ففي الضرورية يحل من باب أولى.

على أن تعليلات فقهاء المذهب الإمامي لحل أكل المصيد بالآلة الجمادية الحادة، اشترطوا فيها «التخزيق» حتى إذا لم تخزق، فلا يحل، فظهر أن «التخزيق» ـ لا مجرد الحِدِّية ـ هي الشرط، وهذا متحقق بالكريات من الحديد، ومن هذه التعليلات قول بعض فقهاء المذهب، فيما نصه: «وإذا لم يكن مع الصائد سهم فيه حديدة، ومعه سهم حاد ينفذ ويخزق، جاز أكل ما يصيد به، إذا خزق، فإذا لم يخزق، لم يجز أكله»[1].

والثابت أن الكريات من الحديد، أو الرصاص أو أي نوع من الفلز، والمنطلقة بعنف شديد، تحقق هذا المعنى على أتم وجه، فلم يعد ثمة «للحدِّية» أي تأثير على الحِل وعدمه، ما دامت العبرة «بالتخزيق»، وقد وجد؛ لأنه في معنى التذكية.

على أن الفقه الإمامي يجيز أكل المصيد بسهم فيه حديدة، إذا أصابه «معترضاً» فقتله[2]، والاعتراض قد لا يتأتى معه النفاذ والتخزيق، ولو كان فيه حديدة.

هذا، ومن المعقول أن يكون «التخزيق» هو شرط الحِل في الآلة الجمادية؛ لأن المقصود إنهار الدم، وهذا حاصل بيقين، فيكون محققاً للذكاة الضرورية في معناها الشرعي[3].

على أن فريقاً من الفقهاء قد ذهب إلى أن مُثقَّل الحديد وغير الحديد، سواء؛ إن خرق حل، وإلّا فلا»[4].

القاعدة العامة التي يمكن استخلاصها من اجتهادات الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في حل المصيد:

هذا، والقاعدة العامة التي يمكن استخلاصها من فقه الأئمة في حل أكل المصيد،

---

(١) «النهاية» للطوسي ص٥٨٠.

(٢) المرجع السابق، و«تحرير الوسيلة»: (٢/ ١٢١ وما بعدها)، قارن هذا بكتاب «رد المحتار» لابن عابدين: (٥/ ٤٦٧).

(٣) «رد المحتار»: (٥/ ٤٦٧)، نقلاً من قاضيخان.

(٤) انظر: «الفقه الإسلامي» للدكتور فوزي فيض الله ص٩٧.

ومما ورد من الروايات التي روينا آنفاً، ولا سيما رواية رافع بن خديج، وعدي بن حاتم، هي قوله ﷺ: «**ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكُل**» فإنه مندرج في عمومه، كل ما يحقق مناط هذه القاعدة، ومضمونها التشريعي، من كل وسيلة مستحدثة، ولا سيما الأسلحة النارية، أو تلك التي تستخدم للصيد خاصة، مما يختلف تماماً عن وسيلة الصيد بالبندق من الطين اليابس التي كانت معروفة في القديم، لورود النهي عنها صراحة، بنص الحديث: «**ولا تأكل من البندقة إلّا ما ذكيت**»؛ لأنها لا تخزق ولا تخرق، ولأنها تشبه الحذف أو الرمي بالحصاة «**فلا تصيد صيداً ولا تَنْكَأُ عدوًّا، ولكنها تكسر السن، وتفقأ العين**» على ما ورد في الحديث المتفق عليه[1]، أي: لا تخرق الجسم ولا تسيل الدم، ولا ريب أن كريات الرصاص أو الحديد ونحوه مما ينطلق بعنف شديد، ليست كذلك بالبداهة، كما هو معلوم ومشاهد، فالأرجح حِل المصيد بها، ولأنها أصبحت الوسيلة الشائعة بين الناس للاصطياد، مما يوقع تحريمها في الحرج الشديد، وهو مدفوع في الدين.

ثالثاً ـ أن يكون الحيوان مأكول اللحم شرعاً، وهذا شرط بدهي؛ لأن غير مأكول اللحم، لا يؤثر في حِلّه الذكاة الشرعية، فضلاً عن الذكاة الضرورية، من العقر، ما دام ـ في الأصل ـ محرماً أكله، وإن كان للصيد أو الذكاة الذبحية، تأثير في «طهارة لحمه» وجلده، وشعره، لانفصال الدم الخبيث عن جسمه.

هذا، وطهارة اللحم غير حل أكل اللحم، إلا أن يكون الحيوان «نجس العين» كالخنزير، فلا يطهر شيء منه بالصيد، أو الذبح، بحال من الأحوال، كما لا يجوز الاصطياد بالخنزير، ولو كان معلَّماً ـ على الراجح ـ تجنباً له، أكلاً واستعمالاً، لنجاسته العينية[2] كما ذكرنا.

---

(١) أخرجه البخاري: ٥٤٧٩، ومسلم: ٥٠٥٠، وأحمد: ١٦٧٩٤، من حديث عبد الله بن مغفل. وانظر «نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/ ١٤٢ ما يليها).

(٢) «فتح القدير»: (٨/ ١٧٢).

رابعاً ـ ذكر اسم الله تعالى، أو التسمية، عند إرسال الجارح المعلَّم، أو الرمي بالسهم ونحوه، أو إطلاق الرصاص من البندقية النارية، أو ما يشبهها.

وتفسير ذلك:

أننا قلنا آنفاً: إن «الصيد» ـ في الإسلام ـ لا يَعرى عن معنى «التعبد» ولذا كان فعل الاصطياد منسوباً إلى «الصائد» لا إلى الحيوان الجارح المعلَّم المرسل، ولا إلى الآلة المحددة الجمادية المرمي بها، ولا إلى البندقية النارية التي يطلق منها الرصاص المحدد المندفع بعنف بفعل البارود، أقول: «لمكان معنى التعبد في الصيد» اشتُرط ذكر اسم الله تعالى ابتداء عند الإرسال، أو الرمي، أو الإطلاق، شرطاً للحل، وقصداً إلى تحقيق معنى التعبد هذا؛ إذ لا عبادة بدون قصد ونية.

موضع التسمية في الصيد، على الآلة الجمادية الحادة، أو على الجارح المعلَّم عند الرمي، أو الإرسال، لا على الحيوان الذي يراد صيده؛ لأنه غير مقدور عليه، بخلاف الذكاة الشرعية، فالتسمية على الحيوان الذبيح نفسه، لأنه مقدور عليه.

غير أنه ينبغي أن يُلاحظ أن ذكر اسم الله تعالى، وإن كان يتعلق بمعنى في الصائد نفسه ـ وهو العقيدة ـ فإن موضع هذا الذكر أو التسمية يختلف في حال الاصطياد عن حال الذكاة الشرعية، فالتسمية حال الاصطياد إنما تكون على الآلة الحادة أو «الجارح المعلَّم» لا على المصيد؛ لأن هذا الأخير غير مقدور عليه حين الإرسال، في حين أن «التسمية» في حال الذبح بالذكاة الشرعية، إنما تكون على الذبيحة نفسها؛ لأن الذبيحة مقدور عليها عند الذبح، ويتفرع عن هذا الأحكام التالية:

حكم التسمية في الاصطياد عند الإرسال أو الرمي، شرطاً للحل، والأدلة التي تنهض به، في فقه المذاهب.

اختلفت آراء الفقهاء في «حكم التسمية» شرطاً لحل أكل المصيد، على الوجه الآتي:

أولاً ـ ذهب الحنفية والمالكية[1] في الصحيح من مذهبهم، والإمامية إلى أن

---

(١) «نيل الأوطار»: (٨/ ١٤١ ـ ١٤٨)، و«فتح القدير»: (٨/ ٥٢ وما يليها)، و«الكتاب»: (٣/ ٢١٨ و٢٢٤)، «بداية المجتهد»: (١/ ٤٤٨)، و«المغني» لابن قدامة: (١/ ٣٣).

«التسمية» شرط يتوقف عليه حل أكل المصيد، حالة الذكر دون النسيان، فكان متروك التسمية عمداً محرماً عندهم، بخلاف ما لو تركت نسياناً. وهو قول الثوري، وسعيد بن جبير وعطاء.

ثانياً ـ وذهب «الشافعية» إلى أن التسمية «سنَّة مؤكدة» وليست فرضاً.

وعلى هذا، فمتروك التسمية ـ في اجتهادهم ـ حلال مطلقاً، وهو رواية ضعيفة عن مالك، وإلى هذا ذهب أشهب من المالكية، غير أنها مندوب إليها، أو سنة مؤكدة.

ثالثاً ـ وذهب الإمام أحمد إلى «التمييز» بين «الصيد» و«الذكاة الشرعية».

أما في الصيد، فالتسمية فرض مطلقاً، يتوقف عليها حل المصيد، فسواء تركها عمداً أو نسياناً، فالمصيد ميتة، لا يحل أكله.

وأما في الذكاة الشرعية، فالذبيحة لا تحل إن ترك التسمية عليها عمداً.

وأما إن تركها نسياناً، فثمة روايتان عنه: أنها تحِل، والأخرى: أنها لا تحل.

رابعاً ـ وذهب «الظاهرية» إلى أن التسمية فرض مطلقاً، حالة الذكر والنسيان على السواء.

هذا جملة ما بين أيدينا من المذاهب، ونعرض فيما يلي أدلة كل مذهب، ووجوه الاستدلال بها.

أولاً ـ استدل المذهب الأول، من الحنفية وجمهور المالكية والإمامية، على أن التسمية فرض حال الذكر دون النسيان، في كل من الذكاة الشرعية، وعند الإرسال للصيد بالكتاب والسنة والمعقول:

أ ـ أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١].

ووجه الدلالة أن النهي للتحريم، وهذا هو موجبه الأصلي، ولا صارف عنه إلى الكراهة، «لكونه يتناول في بعض مقتضياته الحرام المحض، ولا يجوز أن يتبعَّض، ليراد به التحريم، أو الكراهة معاً»[١].

---

(١) «الهداية»: (٤/٤٧)، و«مواهب الجليل» ص٢١٩.

وأما الناسي، فلا يتوجه إليه خطاب؛ إذ يستحيل خطابه حال النسيان، فلم يكن الخطاب بالنسبة إليه يفيد وجوب التسمية، وإذا لم يكن الخطاب متوجهاً إليه، لنسيانه، فلا وجوب عليه[١].

ب ـ أن الآية الكريمة التي تلونا من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] تدل بظاهرها على تحريم ترك التسمية بإطلاق، وهو يشمل تركها عمداً ونسياناً معاً، فتكون التسمية فرضاً، في كلتا الحالتين، عملاً بمقتضى العموم، غير أن النسيان عذر سماوي قهري، لا يد للإنسان في تجنبه، فسقط الوجوب عن الناسي، رفعاً للحرج[٢].

وأيضاً، لهذا المذهب أن يستدل بمقتضى قوله ﷺ: «**رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه**»[٣]، والاستدلال بهذا الحديث يستقيم على مذهب الحنفية في «المقتضى» لأنهم يرون أن المرفوع هو الإثم الأخروي، لا الحكم الدنيوي، وما نحن بسبيل البحث فيه هو الإثم والحرمة، فيكون الإثم مرفوعاً، ورفع الإثم هو رفع للحرمة، بالضرورة، ولا فرضية حيث لا حرمة، ولا إثم في الترك[٤].

أما الجمهور، فاستدلالهم بهذا الحديث على سقوط التسمية حال النسيان، أقوى؛ لأن الرفع شامل للحكم الدنيوي والأخروي، معاً بمقتضى أصولهم.

ج ـ أن الشارع الحكيم قد أقام «الملَّة» ـ وهي الإسلام ـ مقام الذكر

---

(١) «المحلى» لابن حزم: (٧/ ٤٦١)، و«اللمعة الدمشقية مع شرحها»: (٧/ ٢٠٤)، و«النهاية» للطوسي: ص٥٨٢ وما يليها، و«مغني المحتاج»: (٤/ ٧٢) (فقه شافعي)، و«شرائع الإسلام»: (٣/ ٢٠٤)، (فقه إمامي).

(٢) «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي: (٧/ ٧٦).

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٢٠٤٥، وابن حبان: ٧٢١٩، من حديث ابن عباس، بلفظ: «إن الله تجاوز عن أمتي ....»، وإسناده صحيح.

(٤) «بداية المجتهد»: (١/ ٤٤٩). يقول ابن رشد في استدلال من فرَّق بين حال الذكر، وحال النسيان في حكم التسمية، ما نصه: «وأما من اشترط الذكر في الوجوب (وجوب التسمية) فمصيراً إلى قوله عليه السلام: «**رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه**».

باللسان، بالنسبة إلى الناسي، دفعاً للحرج، أو اعتباراً «للعذر» القائم في جهته، وهو النسيان، ونظير ذلك معهود في الشرع، ألا ترى أن الشارع قد أقام الأكل نسياناً مُقام الإمساك في الصوم[١]؟

وعلى هذا، لم يكن الناسي للتسمية عند الإرسال أو الرمي، داخلاً أصلاً في عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] لأن الناسي ذاكرٌ لله تعالى، حكماً واعتباراً، فلا تخصيص ولا استثناء، فلا ينطبق بالتالي حكم الآية الكريمة ـ وهو التحريم ـ على صيده، فيكون حلالاً أكله.

وأيضاً، أن الناسي لا يسمى فاسقاً[٢] بالإجماع، فلا يكون مشمولاً أصلاً بحكم الآية الكريمة لقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] على أن إقامة «الملة» مقام الذكر في حق الناسي لا يظهر في حق المعتمد لترك التسمية، فلا تقام «الملة» هنا مقام الذكر والتسمية، فيكون حكم التحريم شاملاً لصيده، بمقتضى الآية الكريمة، وتفسير ذلك: أن إقامة «الملة» مقام «التسمية» في حق الناسي، لمكان العذر القهري أو السماوي الذي لا يدل له في إحداثه، ولا في تجنبه، فلم يكن لهذه الإقامة وجه بالنسبة إلى المعتمد؛ إذ لا عذر يقوم في جانبه، والعذر هو مناط الحكم بالترخيص، وحيث ينتفي العذر ينتفي الترخيص، فلا يحل صيده.

على أن إقامة «الملة» في قلبه الذي هو مقر مُعتقده، أمر مفترض فيه، بل هو الأصل، وليس كذلك المتعمد لترك التسمية، ولا سيما إذا تركها استخفافاً واستهانة؛ لأن هذا دليل على نفي ما افترض أنه قائم في قلبه، صراحة؛ إذ التصريح أقوى في الدلالة من الافتراض، فلا وجه إذن لاعتباره ذاكراً حكماً، بل هو مضاد، أو مناف لهذا الافتراض، فلم تعد إقامة «الملة» مظنة للذكر في حقه، لقيام الدليل الصريح على انتفائها، كما ذكرنا، وهذه «المظنة» مدلول عليها بقوله ﷺ: **«تسمية الله في قلب كل مسلم»**[٣] وقد نفاها تعمداً وصراحة.

---

(١) «تفسير القرطبي»: (٧٦/٦ وما يليها). (٢) المرجع السابق.

(٣) أورده السيوطي في «الدر المنثور»: (٣٤٩/٣).

وعلى هذا، لا يُلحق العامد بالناسي، بجامع «إقامة الملة مقام التسمية باللسان» لما بينا.

على أن هذا التفسير، لم يكن مجرد استنتاج عقلي، أتينا به من عندنا، بل هو صريح قوله ﷺ: «**ذبيحة المسلم حلال، وإن لم يسم، ما لم يعتمد**»[1]، وفي هذا الحديث إشارة إلى سبب الحِلِّ على الرغم من عدم التسمية، وهو «الإسلام» لقوله ﷺ: «**ذبيحة المسلم**»، ولا نقصد بالملة إلّا هذا، فلا يكون صيد أو ذبيحة تارك التسمية عمداً، حلالاً، بنص الحديث.

ومفاد هذا المذهب أن التسمية عند الإرسال أو الرمي، لا بد منها، شرطاً للحل، حقيقة، أو حكماً، ما لم يدلّ الدليل على انتفائها حكماً، أي: عند تركها تعمداً.

ثانياً ـ أما الأدلة على وجوب التسمية من السنة حال الذكر ـ كما أسلفنا ـ في كل من الصيد، والذبيحة، لعدم الفرق، فمن مثل ما روي:

أولاً ـ عن عدي بن حاتم، من قوله ﷺ: «**يحِل لكم ما ذكيتم، وما ذكرتم اسم الله عليه**»[2].

ثانياً ـ وفي رواية أخرى عن عدي: «**إذا أرسلت كلابك المعلَّمة، وذكرت اسم الله، فكل مما أمسكن عليك**»[3].

ثالثاً ـ وفي رواية ثالثة عن عدي أيضاً، قال ﷺ: «**إن أرسلت كلبك، وسميت، فأخَذ، فقتَل، فكُل**»[4].

وفي رواية رابعة عن عدي، أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا رميت سهمك، فاذكر اسم الله...**»[5] بصيغة الأمر.

خامساً ـ وفي رواية خامسة عن عدي، قال: إني أرسل كلبي، أجد معه كلباً آخر،

---

(١) أخرجه الحارث في «مسنده»: (١/ ٤٧٨)، والبيهقي في «الكبرى»: ١٨٦٧٤، وابن حزم في «المحلى»: (٧/ ٤١٣)، من حديث راشد بن سعد. وانظر «نيل الأوطار»: (٨/ ١٤٠).

(٢) المرجع السابق ص١٣٨.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق ص١٣٩.

(٥) المرجع السابق.

لا أدري أيهما أخذه، قال ﷺ: «**فلا تأكل فإنما سميت على كلبك، ولم تسم على غيره**»[1].

وجه الاستدلال بهذه الروايات على «وجوب التسمية» عند الإرسال، أو الرمي:

أ ـ أن «الحِل قد عُلِّق على التسمية» ولا ريب أن المعلَّق على شيء، لا يوجد إلّا عند وجود المعلق عليه، ولا يوجد عند انتفائه، وإلّا ما كان الشرط شرطاً، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشوكاني ما نصه: «وفي حديث الباب، إيقاف[2] الإذن في الأكل عليها (على التسمية)، والمعلق بالوصف ينتفي عند انتفائه، عند من يقول بالمفهوم، والشرط أقوى من الوصف»، أي: في الدلالة بالمفهوم المخالف[3].

ب ـ على أنه قد جاء في الرواية الرابعة صيغة «الأمر» بذكر اسم الله تعالى عند الرمي، والأمر ـ في الأصل ـ يفيد الوجوب، ولا يُحمَل على غير موجَبِهِ الأصلي هذا إلّا بدليل، ولا دليل.

ج ـ جاء في الرواية الثالثة: «**إذا أرسلت كلابك المعلمة، وسميت...**» تعليق الإذن بالأكل على ثلاثة أمور:

أحدها ـ الإرسال للجارح المعلَّم.

والثاني ـ تعليم الكلب المرسل.

الثالث ـ التسمية، أو ذكر اسم الله تعالى عند الإرسال.

أما تعليم الكلب، فشرط واجب تحصيله إجماعاً، لِيحلَّ أكل صيده، لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] أي: أحلّ لكم صيد ما علمتم من الجوارح، كما

(١) المرجع السابق ص١٤٠.

(٢) أي: تعليق، بدليل قوله بعد ذلك: والمعلّق على شيء، لا يوجد عند انتفائه. «المرجع السابق».

(٣) ستأتي مناقشة هذا الدليل، راجع: «فتح القدير»: (٨/ ١٧٤) ـ، وراجع: «نيل الأوطار»: (٨/ ١٤٠). وهذا الوجه من الاستدلال يصح اعتماده عند غير الحنفية من القائلين بحجية المفهوم المخالف.

بينا. فكذلك «التسمية» وإلّا ما صح هذا القِران بين شرط واجب، وشرط غير واجب؛ لأن هذا خلاف المعهود في أسلوب اللغة، والعرف، ومنطق العقل؛ إذ المعلق على شروط ينتفي بانتفائها، أو بانتفاء أحدها عند القائلين بالمفهوم.

د ـ على أن الرسول ﷺ قد فرَّق بين حكمين متنافيين، بوصفين مختلفين، فدل ذلك إيماءً على أن اختلاف الوصف قد توقف عليه اختلاف الحكم، ألا ترى إلى قوله ﷺ: «**فلا تأكل، فإنما سميت على كلبك، ولم تسم على غيره**» فالنهي مترتب على عدم التسمية، فكانت التسمية شرطاً يتوقف عليه الحل، وإلّا ما كان ثمة من معنى للفصل بين الحكمين بوصفين مختلفين، كما ترى.

هـ ـ أما ما ورد على استدلال الحنفية ومن معهم، من حديث: «أن قوماً يأتوننا باللحم، لا ندري، أذَكَروا اسم الله عليه، أم لا؟ فقال ﷺ: **سموا عليه أنتم، وكلوا**»[1] مما يدل على عدم فرضية التسمية، وإلّا ما نابت عنها التسمية عند الأكل، فأجاب الحنفية عن هذا الحديث بأنه «منسوخ»؛ لأنه كان في بدء الإسلام، وأن الناس كانوا حديثي عهد بالكفر، والناسخ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] وستأتي مناقشة دعوى النسخ هذه في مقامها.

ثالثاً ـ هذا، واستدلوا بالمعقول، فقالوا:

١ ـ إن الجارح المعلَّم: من الكلب والبازي هو «آلة» والذبح لا يحصل بمجرد الآلة إلّا بالاستعمال، وذلك فيهما بالإرسال، فَنُزِّلَ[2] منزلة الرمي[3]، وإمرار السكين[4]، فلا بد من التسمية عنده[5].

(١) أخرجه البخاري: ٥٥٠٧.
(٢) أي: عند الإرسال.
(٣) أي: الرمي بالسهم.
(٤) أي: عند الذبح في الذكاة الشرعية.
(٥) أي: عند الإرسال للكلب المعلَّم، هذا وإنما اشترط «الإرسال» حتى يكون الفعل منسوباً إلى الصائد لا إلى الكلب المعلم، كما بينا، فلو انبعث الكلب من تلقاء نفسه ـ أي: استرسل ـ لا يحل الصيد؛ لأن =

ولا يخفى أن هذا الدليل العقلي يستند إلى قياس الصيد على الذكاة الشرعية، والحكم وجوب التسمية.

٢ ـ ومن استدلالهم بالمعقول أيضاً، قولهم:

إن الأصل تحريم الميتة، وما أُذن فيه منها، تراعى صفته، فالصيد أو الذبيح المسمى عليه، قد وافق الوصف، فبقي غير المسمى عليه على أصل التحريم، لعدم مراعاة الوصف فيه.

أدلة الشافعية (القائلين بعدم وجوب التسمية، وأنها سنة مؤكدة):

استدل الشافعية على مذهبهم من أن التسمية ليست فرضاً ـ لا في الصيد، ولا في الذكاة الشرعية ـ من الكتاب، والسنة.

أولاً ـ أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣].

ووجه الاستدلال، أن الله تعالى لم يعلِّق الحِلَّ إلّا على مجرد التذكية، ترتيباً للمعلول على علته المؤثرة في الحل، ولم يشترط التسمية قيداً للحل، فدل على أن «متروك» التسمية، ولو عمداً[1] يحل أكله، سواء أكان صيداً أم ذبيحاً.

على أن «التسمية» لم تكن أمراً مفروضاً يتوقف عليه الحل ـ أي: ليست شرطاً ـ فهي أيضاً ليست جزءاً أو عنصراً تكوينيًا في مفهوم «التذكية» التي هي «علة الحل»، بل «التذكية» في حد ذاتها «علة» كاملة للحل، من دون التسمية، وهذا لا ينفي عنها أنها «سنة مؤكدة» لورود الآثار بها على سبيل «الندب» لا الفرضية، وذلك بحمل الأمر بالتسمية فيها على هذا المعنى، والصارف ما ذكرنا.

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥] والمقصود بطعامهم هنا «ذبائحهم»، ومعلوم أن أهل الكتاب قد يسمون على ذبائحهم، وقد لا يسمون[2]؛

= الفعل عندئذ منسوب إلى الكلب لا إلى الصائد، والكلب دون إرسال لا يحل صيداً. راجع «فتح القدير»: (٨/ ١٧٤).

(١) «مغني المحتاج»: (٤/ ٢٧٢).

(٢) المرجع السابق.

لأنهم لا يلتزمون بأحكام الإسلام، والفرضية لا تثبت مع الشك والتردد، فدل ذلك على أن متروك التسمية بإطلاق حلال أكلُهُ شرعاً.

٣ ـ واستدل الشافعية أيضاً بقوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية، ومتروك التسمية لم يكن داخلاً فيها، فلا يكون مُحرَّماً.

إذا ثبت هذا، فإن حكم «متروك التسمية» من قِبَل المسلم، حلال من باب أولى، لإقامة «الملة» مُقامَها كما بينا[١]. هذه أدلة الشافعية من الكتاب.

ثانياً ـ أما أدلة الشافعية من السنة (على عدم وجوب التسمية)، فنوردها على الوجه الآتي:

أ ـ ما روي أن قوماً قالوا: يا رسول الله، إن قوماً يأتوننا باللحم، لا ندري، أذكروا اسم الله عليه أم لا؟ فقال «**سموا أنتم وكلوا...**»[٢].

ووجه الاستدلال، أن «التسمية» لو كانت شرطاً في حِلِّ الذبيحة ونحوها، لما أذن لهم الرسول ﷺ بالأكل منها، لمكان الشك في وقوعها، والفرضية لا تثبت بالشك والتردد، كما أسلفنا[٣].

هذا، والرسول ﷺ قد أفهمهم أن التسمية عند الأكل تنوب مناب التسمية عند الذبح ونحوه، ولو كانت التسمية فرضاً عند الذبح، لما نابت التسمية عند الأكل منابها، بل لم تحل الذبيحة أصلاً، لتخلف شرط «الحلِّيَّة» ولا يثبت الشيء مع تخلف شرطه، وإلّا ما كان شرطاً، فدل هذا الحديث على أن «التسمية ليست فرضاً» بل قام الدليل على عدم شرطيتها للحل، غير أن تعمد تركها مكروه[٤].

---

(١) «تفسير القرطبي»: (٧/ ٧٦ ـ ٧).

(٢) راجع «نيل الأوطار»: (٨/ ١٣٦ ـ ١٤٠)، ويقول الإمام الشوكاني: وهو ـ أي: هذا الحديث ـ دليل على أن التصرفات والأفعال تحمل على حال الصحة والسلامة إلى أن يقوم دليل الفساد. المرجع السابق: (٨/ ١٤٤).

(٣) «نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/ ١٤٥ ـ ١٤٦)، ويقول: إن هذا الحديث أصل في عدم وجوب التسمية.

(٤) «مغني المحتاج» للشربيني: (٤/ ٢٧٢).

هذا، ويقول الخطابي مؤكداً عدم شرطية التسمية عند الذبح ونحوه: «في الحديث دليل على أن التسمية غير شرط على الذبيحة؛ لأنها لو كانت شرطاً لم تُستبح الذبيحة بالأمر المشكوك فيه، كما لو عَرَض الشك في نفس الذبيحة، فلم يُعلَم هل وقعت الذكاة المعتبرة أم لا؟ وهذا هو المتبادر من سياق الحديث، حيث وقع الجواب فيه: «**سموا أنتم**» كأنه قيل لهم: «لا تهتموا بذلك، بل الذي يهمكم أنتم أن تذكروا اسم الله وتأكلوا»[1].

الشافعية يسلكون مسلك الجمع والتوفيق بين الأدلة المتعارضة، فانتهى بهم ذلك إلى حمل الأمر بالتسمية على الندب، كما سيأتي بيانه.

هذا، وأجاب الشافعية عن استدلال القائلين بالوجوب بالآية الكريمة: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١][2] بأن هذه الآية في غير محل النزاع، وبيان ذلك:

أن الآية الكريمة: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ وإن كان ظاهرها العموم، ليشمل النهي فيها كلَّ ما لم يذكر اسم الله عليه، من متروك التسمية عمداً أو نسياناً، كما يشمل ما ذبح للأصنام، وذكر عليه اسمها، حجة للاستدلال بها على تحريم متروك التسمية، عمداً أو نسياناً[3]، غير أن المراد منها هو «خصوص ما ذبح على الأصنام من قِبَلِ المشركين، بذكر اسم غير الله» وإذا كان مراداً بها هذا الخصوص، أو كان يتطرق إليها هذا الاحتمال، فلا يصلح حجة للاستدلال بها على تحريم متروك التسمية، عمداً أو نسياناً، من قِبَل المسلم، على ما يتوهم من أنها توجب عليه تسمية الله تعالى على «الصيد» عند الإرسال أو الرمي، شرطاً في الحل، أو تسميته سبحانه على الذبيحة، عند التذكية الشرعية؛ إذ لا علاقة للآية الكريمة بشيء من ذلك.

(١) «نيل الأوطار»: (٨/ ١٤٤).

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد: (١/ ٤٥٠).

(٣) «البدائع» للإمام الكاساني: (٥/ ٤٦ ـ ٤٧).

هذا، والقرائن والأدلة التي تؤيد هذا النظر الاجتهادي في حمل عموم الآية الكريمة على هذا الخصوص فضلاً عن سياقها، ما يلي:

أن قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾، ليس «عطفاً» على قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ بل «الواو للحال» فتكون الجملة «حالية» لا معطوفة، بمعنى أنها ترد قيداً على النهي المستفاد من صدر الآية: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟﴾ ويكون معناها على هذا: ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه، حالة كونه فسقاً، أي: في هذه الحال فقط، والقرآن الكريم قد فسر هذا بحال ذكر اسم الأصنام على الذبائح، على نحو ما كان يفعل الجاهليون، وهذا محرم إجماعاً، فالفسق إذن، مُفَسَّر بما أُهِلَّ لغير الله به على الخصوص؛ لأن القرآن يفسر بعضه بعضاً، وهو في أعلى مراتب التفسير حجة، تجد هذا صريحاً في قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِى مَآ أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤٥].

ب ـ هذا، ومما يرجح أن قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ جملة حالية «تَرِدُ قيداً على النهي» في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ فتخصيصه بتلك الحالة، أي: حالة ما إذا ذكر عليه اسم الأصنام، أقول: يرجح هذا المعنى على معنى «العطف» أن الجملة «وإنه لفسق» ـ كما ترى ـ خبرية، وليست معطوفة على الجملة الإنشائية «ولا تأكلوا» بل لا يصح ذلك لغة، كما هو معلوم، وكذلك في علم البلاغة، لا يُعهد عطف الخبر على الإنشاء، فكانت الجملة «حالية»، مقيِّدةً للنهي، بخلاف ما لو اعتبرت «معطوفة» إذ تكون الآية مقررة للتحريم، وإضفاء سمة الفسق على جميع الحالات.

ج ـ وأيضاً، إن ما أُهلَّ به لغير الله نص في تحريم ما ذكر عليه اسم (الأصنام والنُّصب) وهو تفسير «الفسق» كما بينا، وليس نصًّا في متروك التسمية عمداً، بدليل الاختلاف الذي عرضنا.

د ـ على أن سياق الآية الكريمة التي هي مناط استدلال القائلين بوجوب التسمية،

من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ وَإِنَّ الشَّيَاطِينَ لَيُوحُونَ إِلَىٰ أَوْلِيَائِهِمْ لِيُجَادِلُوكُمْ وَإِنْ أَطَعْتُمُوهُمْ إِنَّكُمْ لَمُشْرِكُونَ﴾ [الأنعام: ١٢١][1] أقول: إن سياقها العام ـ كما ترى ـ يرجح أن المراد تحريم ما ذكر عليه اسم الأصنام خاصة، ذلك لأن إطاعة المسلم للمشرك الوثني، ورضاه بذبيحته التي ذكر اسم الصنم عليها، يعتبر مشاركة في الإشراك، وهو ما حرص الشارع على تذييل الآية به».

هـ ـ على أن الآية التي تلونا، من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾[2] على فرض أنها عامة تتناول متروك التسمية بظاهرها، غير أن هذا الظاهر قد خُصَّ منه «الناسي» «لأن الناسي ليس فاسقاً بالإجماع» فأصبحت هذه الآية الكريمة ـ بعد هذا التخصيص ـ ظنية الدلالة على تحريم متروك التسمية عمداً، فيصح تخصيصها[3] بعدئذ بالأحاديث الآحادية الصحيحة الدالة على عدم وجوب التسمية المعارضة لها، ومن هنا آثر الإمام الشافعي «الجمع» بين هذه الآية، وبين الأدلة المعارضة لها من السنة التي روينا آنفاً، حيث ذهب إلى أن «التسمية» سنة مؤكدة، ويكره تركها عمداً.

وعلى هذا، تبين لك أن سبب الخلاف هو معارضة بعض أحاديث الباب لعموم الآية الكريمة التي تلونا.

و ـ هذا، ولا جَرَم أن المتابعة الطوعية هنا للمشرك الوثني محلها «الاعتقاد الباطل» لا مجرد الفعل، من أكل الميتة، والموقوذة، والمتردية، وما إليها

---

(١) ومما ينبغي أن نلفت الذهن إليه أن الطاعة أو الرضا هنا ليس مقصوراً على تحليل أكل الميتة، كما أشار إلى ذلك الإمام القرطبي: (٦/٧٦).

(٢) وأما آية ﴿قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَن يَكُونَ ...﴾ [الأنعام: ١٤٥] أي: لم يكن شيء محرماً إبان نزولها غير ما ذكر، وهي مكية، ثم نزلت سورة المائدة بالمدينة، وزيد في المحرمات: المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما إليها، وحرم رسول الله ﷺ في المدينة أكل كل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير.

(٣) راجع بحث «العام» في مصادر علم الأصول.

فكانت «الطاعة» في هذا الاعتقاد الباطل مشاركة في الإشراك والوثنية، بلا ريب، ولو كانت «المتابعة» في مجرد الفعل، مع سلامة المعتقد، لكانت عصياناً، لا إشراكاً، وهذا النقد يتجه على الإمام القرطبي نفسه؛ إذ جعل الطاعة أو الرضا في تفسيره لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَطَعْتُمُوهُمْ إِنَّكُمْ لَمُشْرِكُونَ﴾ [الأنعام: ١٢١] مقصوراً على تحليل الميتة خاصة، أي أكلها، وفي هذا نظر؛ لأن الأمر أعمق معنى، بل أعظم جرماً؛ إذ يتصل بالاعتقاد بتعدد الآلهة التي يذكر اسمها على الذبائح، وهذا العمق المعنوي يفسره أسلوب الآية الكريمة، في «تأكيد الخبر» بأمرين:

أولاً ـ بإن وبإدخال لام التأكيد عليه: ﴿إِنَّكُمْ لَمُشْرِكُونَ﴾ هذا من جهة.

ثانياً ـ وصفهم بالشرك المتعلق بالاعتقاد، لا بالعصيان الذي يفيد عدم الامتثال، مع سلامة الاعتقاد، من جهة أخرى.

فتبدى لك ـ فيما أحسب ـ أن لا علاقة لهذه الآية بوجوب التسمية من قِبَلِ المسلم، أو بتحريم متروكها، عمداً أو سهواً، على الصحيح، بما يرجحه سياقها من حيث معناها العام، كما رأيت.

ز ـ وأيضاً من المقرر أصوليًّا أن خصوص السبب الوارد في نزول الآية، لا يقضي على عموم اللفظ، ولكن في «موضوعه» لا فيما هو خارج عنه، أي: في كافة صور ذكر اسم غير الله من الأصنام والنُّصب التي هي من مظاهر الشرك والوثنية، لما قدمنا من القرائن والأدلة، ولا سيما ما ذُيِّلت به الآية من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَطَعْتُمُوهُمْ إِنَّكُمْ لَمُشْرِكُونَ﴾ على سبيل التأكيد بأداتين: «إن، واللام الداخلة على خبرها» مما لا يصح معه قَصْر «الطاعة» على الرضا بحل أكل الميتة على الخصوص ـ كما ذهب إليه الإمام القرطبي[1] ـ متابعة للمشركين، بل لا تعلق له بذلك على ما هو الراجح من السياق العام للآية، وأنها ـ على التحقيق ـ معنية بتحريم مظاهر الشرك والوثنية، مما يتعلق بالاعتقاد: لا بحِلِّ أكل الميتة الذي قد يحصل من المسلم عصياناً، لا شركاً، والآية

---

(١) «تفسير القرطبي»: (٦/ ٧٦).

تشير إلى الاشتراك في الشرك لا في العصيان الذي يعني عدم الامتثال، مع صدق الاعتقاد، بخلاف الشرك الذي يقوم أصلاً على الاعتقاد الباطل، بتعدد الآلهة.

بيد أن هذا لا يعني أن «التسمية» أو ذكر اسم الله تعالى، في «الصيد»، عند الإرسال، أو الرمي، أو على الذبيحة عند تذكيتها، غير واجبة، فهذا فصل له أدلته سوى هذه الآية ذات الموضوع المختلف، مما سيأتي القول فيه.

رابعاً ـ مذهب الظاهرية أن التسمية أو ذكر اسم الله تعالى، فرض على الإطلاق في الصيد، والتذكية الشرعية، حال الذكر، وحال النسيان على السواء.

استدل الظاهرية بعين ما استدل به الحنفية والمالكية والإمامية، ومن معهم من القائلين بالوجوب حال الذكر دون النسيان، والأدلة هي الأدلة من الكتاب والسنة والمعقول.

غير أن الظاهرية ـ تلعقاً منهم بظاهر لغوية النص ـ ذهبوا إلى الوجوب حال النسيان أيضاً؛ لأن الأدلة لم تفصِّل أو تميز بين الحالين، كما يقولون.

والرد على هؤلاء أن الأدلة ناطقة بأن النسيان عذر لا يتأتى معه توجه الخطاب إلى الناسي ـ كما بينا ـ فلم يكن مكلفاً أصلاً في هذه الحالة، ولا مشمولاً بحكم الآية الكريمة من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١].

هذا، وعلى افتراض أنه مشمول بحكمها، فقد خصصته الأدلة التي ترفع حكم الوجوب عن المخطئ، والناسي، والمستكره، من مثل قوله ﷺ: «**رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه**»[1] كما أسلفنا.

* * *

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٠٤٥، وابن حبان: ٧٢١٩، من حديث ابن عباس، بلفظ: «**إن الله تجاوز عن أمتي . . .**»، وإسناده صحيح.

الذبح أو الذبائح[١]

تعريف الذبح لغةً:

الذبح في الوضع اللغوي: الشق والنحر، ويبدو أن أهل اللغة لا يفرقون بين الذبح والتذكية، فقد جاء في «القاموس المحيط»: «والتذكية: الذبح»[٢] كما جاء في «لسان العرب»: «جَدْيٌ ذكيٌّ أي: ذبيح» غير أن التذكية تكمل معاني أخر، فكانت أعم.

ذلك، أن التذكية تأتي بمعنى «التطيب»[٣] ولذا وصفت بها «الرائحة» فيقال: «رائحة ذكية»، وتذكية الحيوان بذبحه من هذا المعنى بسبب؛ لأنه عملية فصل للدم الخبيث النجس عن اللحم الطيب، ففيه تطهير وتطييب، وهذا المعنى اللغوي أشار إليه الإمام القرطبي في «تفسيره» حيث يقول: «ذكَّيت الذبيحة، وأذكيتها» مشتقة من «التطييب» . . «فالحيوان إذا أسيل دمه، فقد طُيِّب» لأنه يتسارع إليه التجفيف[٤].

هذا، والإمام النووي يشير إلى معنى لغوي آخر «للذكاة» وهو «التتميم»[٥] أو «الإكمال» وعلى هذا فإن «الذكاة» هي كمال الذبح، وإتمامه[٦]، ولعل هذا المعنى يصلح سنداً لمن اشترط فَريَ أو قطع الأوداج والعروق كافة، على ما سيأتي بيانه،

(١) درج الفقهاء على اتخاذ كلمة «الذبائح» عنواناً لبحث موضوع «التذكية الشرعية» أو «الذبح والنحر» غير أن «فقه الإمامية» قد اتخذ كلمة «الذباحة» عنواناً على هذا الموضوع، والواقع أن «الذبائح» لغة جمع ذبيحة، بمعنى مذبوحة، وأما «الذباحة» فاسم مصدر، وسواء اتخذنا الذبائح أو الذباحة عنواناً لهذا البحث فإن مفهوم أي منهما «أخص» من «التذكية» لما يندرج في مفهومها «الذبح» وهو فري الأوداج، بالنسبة إلى الحيوان البري. كما يندرج فيه إخراج الحيوان البحري حيًّا من الماء، كالسمك؛ فإنه ذكاة له، فالتذكية أعم.

راجع: «اللمعة الدمشقية»: (٧/ ٢٢٣ ـ ٢٣٠).

(٢) «القاموس»: (٤/ ٣٣).

(٣) «لسان العرب»: (١٨/ ٣١٥ ـ ٣١٦).

(٤) «تفسير القرطبي»: (٦/ ٥٢ ـ ٥٣).

(٥) «كفاية الأخيار»: (٢/ ٢٢٢).

(٦) وهذا ما جاء في «المصباح المنير» وغيره من المعاجم.

وهذا هو المعنى اللغوي الذي اعتمده الإمام القرطبي للذكاة إبان «تفسيره» لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ أعني «الإتمام» سواء أكان هذا الإتمام في الذبح، أم في غيره، ومنه قولهم: «جري المذكيات غلابٌ» أي: المذكيات من الخيل، وهي التي «تغالب الجري غلاباً»[1] هذا في الخيل.

أما الذكاة في الذبح، فقد فسر القرطبي قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ أي: أدركتم ذكاته على «التمام» أخذاً منه بهذا المعنى اللغوي.

وعلى هذا، كانت الذكاة أعم من الذبح، والذبح أو النحر قسم من أقسامها.

هذا، وقد تأثر المعنى الشرعي للذكاة بمعناها في اللغة، حيث استعملها فيما يشمل «الذبح» وغيره، فقد عرفها الفقهاء بقولهم: «الذكاة: إنهار الدم، وفري الأوداج في المذبوح، والنحر في المنحور[2] والعَقْر في غير المقدور عليه، مقروناً بنية القصد لله، وذكره عليه»[3] ومعلوم أن «العقر» ليس بذبح، وإنما هو طعن للحيوان بمحدد في أي موضع من جسده، بحيث يسيل دمه ويموت منه، حتى إذا لم يمت من العقر هذا، وأدركت حياته، فلا يحل حينئذ إلّا بالذبح أو النحر، حسب الأحوال؛ لأن هذا هو الأصل في الحيوان المأكول، ليصير حِلًّا ذكيًّا.

فتلخص أن المعنى الشرعي للذكاة، مشتق من أصل المعنى اللغوي، من حيث التعميم، فليست الذكاة إذن مرادفة للذبح، كما ترى، لا لغة ولا شرعاً، وإن كان الذبح أو النحر قسماً من أقسامها، فكل ذبح ذكاة، ولا عكس.

يرشّح هذا، أن إخراج السمك من الماء حيًّا ذكاة له شرعاً، وإماتة الجراد بأي وسيلة، من النار، أو ضرب العصا، حتى يموت، ذكاة له شرعاً في فقه المالكية، وليس ذلك من الذبح أو النحر في شيء بالبداهة، على ما سيأتي بيانه.

---

(١) «تفسير القرطبي»: (٦/ ٥٢ ـ ٥٤).

(٢) النحر في الإبل، في موضع اللهزمة فوق الصدر، أي: في «الوهدة بين أسفل العنق، وأعلى الصدر، وهو المسمى «اللبة» موضع القلادة من العنق، وذلك لطول رقبتها، ولأن في ذبحها في موضع الحلق تعذيباً لها، ومثل الإبل الزرافة.

(٣) «القرطبي»: (٦/ ٥٢ ـ ٥٤).

ويؤكد هذا المعنى، سائر المعاجم اللغوية[١].

على أن «لسان العرب» قد انفرد بتفسير لمعنى الذبح لغة، إذ يقول: هو «قطع الحلقوم من باطن» وهو ما لا يتفق مع المعنى الشرعي للذبح في أي من المذاهب الفقهية، بل لم يذهب إلى هذا المعنى أحد من الفقهاء، على ما سيأتي تفصيل القول فيه.

تعريف الذكاة شرعاً في المذاهب الفقهية:

أ ـ عرف بعض المالكية «الذكاة الشرعية» بأنها «عبارة عن إنهار الدم»، وفَري الأوداج في الذبح، والنحر في المنحور[٢]، والعقر في غير المقدور[٣]، مقروناً بنية القصد لله، وذكره عليه[٤].

ب ـ وعرفها البعض الآخر من المالكية، بأنها السبب الموصِّل إلى حلِّ أكل الحيوان البري، اختياراً[٥] وهذا تعريف للذكاة الاختيارية بمعناها العام، ما

---

(١) فقد جاء في «المصباح المنير» للفيومي: «ذكيت البعير ونحوه تذكية، والاسم ـ أي: اسم المصدر ـ ذكاة: (١/ ٢٤٨)، وعلى هذا المعنى يفسر قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ معناه: إلّا ما أدركتم ذكاته وهو حي، أي: ذبحه على الصفة الشرعية ـ و«شاة ذكيٌّ» ـ أي: فعيل، بمعنى مفعول، مثل «امرأة قتيل وجريح» إذا أُدركت ذكاتُها. المرجع السابق، وراجع أيضاً: «مختار الصحاح» ص٢١٩ ط: دار الكتاب العربي ـ بيروت.

على أن كلمة «الذبيحة» تطلق أيضاً على ما يذبح، وكذلك «الذِّبح» (بكسر الذال المشددة) يطلق على ما أعد للذبح. المرجع السابق، وراجع في هذا المعنى: «أساس البلاغة» ص٢٠٤ للزمخشري، ط: دار صادر، و«لسان العرب» فصل الدال والذال ـ حرف الحاء: (٣/ ٢٦١)، ط: الدار المصرية للنشر والترجمة. هذا، والقرآن الكريم إذ يستعمل «التذكية» في معنى الذبح، إيثاراً لها على كلمة الذبح، فإنما يشير إلى «إتمام الفعل» لأن هذا المعنى مدلول عليه بلفظ «الذكاة» وضعاً، فقد جاء في «المصباح المنير»: (١/ ٢٤٨): «الذكاة» في اللغة: «إتمام الشيء» وهذا المعنى اللغوي يشهد لمن ذهب إلى أن الذكاة الشرعية إنما تتحقق بفَري الأوداج جميعاً؛ لأنه كمال الذبح اتفاقاً.

(٢) أي: من الإبل وما إليها.

(٣) أي: من الحيوان الوحشي لنفوره وامتناعه.

(٤) «الفقه على المذاهب الأربعة»: (١/ ٧٢٧)، و«القرطبي»: (٦/ ٥٣).

(٥) «الفقه على المذاهب الأربعة»: (١/ ٧٢٧)، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت.

عدا العقر في غير المقدور عليه؛ لأنها ذكاة اضطرارية، لمكان العجز عن الذبح، أو النحر في المكان المخصوص.

ج ـ على أن ابن رشد المالكي في كتابه «بداية المجتهد» يحرر مذهب المالكية في «صفة الذكاة» ويخصصها بالذبح، حيث يقول: «فإن المشهور عن مالك في ذلك، هو قطع الودجين، والحلقوم (على التعيين) وأنه لا يجزئ أقل من ذلك»[١] وهو خاص بالذبح من حيث الصفة والعدد، وهو الذي يجزئ من الذبح في حده الأدنى عند المالكية، ويؤثر في حِل المذكّى.

هذا، وابن رشد يحكي خلافاً في المذهب المالكي، حيث يشير إلى الرأي القائل: «إن قطع الودجين فقط، يجزئ» ولكن تعبيره بلفظ «قيل» مؤذن بضعف هذا الرأي في المذاهب[٢].

ب ـ وجاء في فقه الإمامية: «الذبح هو قطع الأوداج الأربعة جميعاً، دون استثناء أي منها، حتى إذا لم يُقطع أي منها، أو قطعت كلها، دون استيفاء، لم تحل الذبيحة»[٣].

ولا ريب أن هذا من معنى الإتمام في الذكاة بسبب.

هذا، ويقصد بالأوداج: الحلقوم، والمريء، والودجان.

أما الحلقوم: فهو مجرى التنفس، والمريء: مجرى الطعام والشراب، والودجان: هما العرقان الغليظان المحيطان بالحلقوم أو المريء[٤] وإنما عبروا بالقطع احترازاً عن «الشق» لأن هذا غير كاف في حلِّيَّة المذبوح عندهم، ذهاباً منهم إلى أن «كمال التذكية» لا يتم إلّا بقطع الأربعة جميعاً، إنهاراً للدم، وإزهاقاً للروح، وإراحة للذبيحة من التعذيب.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) «بداية المجتهد»: (١/ ٤٤٨ وما يليها).

(٣) «اللمعة الدمشقية بشرح الروضة الندية» للشهيد العاملي: (٧/ ٢٢١)، حيث جاء فيها «فلو قطع بعض هذه، لم يحل، وإن بقي شيء يسير، أي: شيء قليل من الأوداج».

(٤) المراجع السابقة.

وليس مجرد إزهاق روح الحيوان دون إنهار دمه بمجزئ في حِلِّيَّة الذبيح.

ج ـ أما الحنفية، فقد عرفوا «الذبح» بأنه «فَريُ (قطع) الأوداج» حتى إذا استوفى قطعها، فذلك «كمال التذكية» وإن فرى بعضها دون بعض، فإن قطع ثلاثة منها دون تعيين، وترك واحداً، حل الذبيح عند أبي حنيفة، إعطاءً للأكثر حكم الكلِّ.

وأما أبو يوسف، فيرى أنه لا بد من قطع الحلقوم والمريء، وأحد الودجين، على التعيين.

وذهب محمد إلى أن حلِّية الذبح لا تتم إلّا بقطع الأربعة، ويكتفى من قطع كل واحد منها بأكثره[١].

د ـ أما الشافعية والحنابلة، فذهبوا إلى «وجوب قطع الحلقوم والمريء بشرط استيعاب قطعها»، وأما قطع الودجين، فمستحب[٢] عندهم.

محل النزاع:

وعلى هذا، فالاتفاق ـ كما يبدو ـ منعقد على أصل القطع للأربعة جميعاً، في الذبح، أو النحر[٣]، ومحل النزاع «فيما يكتفى به من القطع» أي: الحد الأدنى منه، كما ترى.

هذا، ونؤثر تحليل تعريف المالكية، لضبطِهِ وإيجازه.

تحليل التعريف الثاني للذكاة في معناه الشرعي عند المالكية، مع المقارنة[٤]:

نشير ـ بادئ ذي بدء ـ إلى أن المذاهب قد اتفقت وجهاتها على وجوب «إنهار

---

(١) «البدائع» للإمام الكاساني: (٥/ ٤١).

(٢) «مغني المحتاج» للشربيني: (٤/ ٢٧٠)، ط: دار إحياء التراث العربي، و«منهاج الطالبين» للنووي: ص١٤٠ «الفقه على المذاهب الأربعة»: (١/ ٧٢٥).

(٣) الذبح غير النحر؛ إذ محل الذبح ما بين الحلق واللبة، بخلاف النحر، فيكون بالطعن في الوهدة ما بين أسفل العنق ومبدأ الصدر، كما في الإبل؛ لأنه مجتمع العروق.

(٤) «بداية المجتهد»: (١/ ١٤٤).

الدم» في «التذكية» فصلاً للدم الخبيث عن اللحم الطيب ـ كما ذكرنا ـ عملاً بقوله ﷺ في رواية رافع ابن خديج: «**ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكلوا . .**»[١]، ولقوله ﷺ في رواية عدي بن حاتم: «**أَمِر الدم بما شئت**»[٢]، وفي رواية «**أَفْرِ الأوداج بما شئت**» والفري هو القطع للإصلاح[٣].

غير أنهم اختلفوا في الطريق الأمثل الموصِّل إلى إسالة دم الذبيح وإراقته، والأكثر كفاءة من غيره في ذلك، ودون تعذيب للحيوان، وملحظهم في ذلك قوله ﷺ: «**إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم، فأحسنوا القِتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح**[٤]، **وليُحدَّ**[٥] **أحدكم شفرته**[٦] **وليرح ذَبيحته**»[٧].

ومفاد هذا، أن الذبح عملية تطهير، وتطييب، بفصل الدم النجس الخبيث، وهو المشار إليه بقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُۙ﴾ [المائدة: ٥] وهذا يتصل بمعنى «التذكية» الذي هو من معنى «التطييب بسبب» ـ كما بينا ـ ومشار إليه أيضاً بقوله تعالى ـ بعد ذكر «المحرمات» التي هي أنواع من الميتة التي انحبس أو احتقن الدم فيها ـ حيث استثنى «المذكّى» من المحرمات: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ

---

(١) أخرجه البخاري: ٢٤٨٨، ومسلم: ٥٠٩٢، وأحمد: ١٥٨٠٦. وانظر «نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/ ١٤٦)، ط ثالثة.

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٨٢٤، والنسائي: (٧/ ١٩٤)، وابن ماجه: ٣١٧٧، وأحمد: ١٨٢٥٠، وهو حديث صحيح. وانظر المرجع السابق: (٨/ ١٤٤)، وكلمة (أَمِر) بفتح الهمزة، وكسر الميم، وبالراء المخففة أي: أجر الدم، وهو بمعنى الإنهار ـ ورويت بالراء المشددة ـ (أمر) انظر تفصيل ذلك في المرجع السابق.

(٣) أخرجه الطبراني في «الكبير»: ٧٨٥١، والبيهقي في «الكبرى»: (٩/ ٢٧٨)، من حديث أبي أمامة وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد»: (٤/ ٣٤)، وقال: وفيه علي بن زيد وهو ضعيف، وقد وُثِّق. وانظر «فتح القدير على الهداية»: (٨/ ٥٧).

(٤) وفي رواية: الذِّبحة (بكسر الذال المشددة) إشارة إلى الهيئة والحالة.

(٥) أي: يجعلها أكثر مضاء وإرهافاً لتصبح أسرع في الذبح.

(٦) «الشَّفرة»: السكين العظيمة. «شرح النووي على مسلم»: (١٣/ ١٠٦).

(٧) أخرجه مسلم: ٥٠٥٥، وأحمد: ١٧١١٣، من حديث شداد بن أوس. وانظر «نيل الأوطار»: (٨/ ١٤٧ ـ ١٤٨).

﴿وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] ومعلوم أن المستثنى مخالف في الحكم للمستثنى منه[١]، والآية الكريمة تعلِّق حكم الحِلِّ على «التذكية» التي تعني الذبح بإنهار الدم وإراقته، فكانت «التذكية» هي علة الحكم في الحل، أو هي شرط في معنى العلة، لما تقرر في علم الأصول، من أن «تعليق» الحكم بالمشتق (ذكيتم) مؤذن بعلية ما منه الاشتقاق (أي: المصدر وهو الذكاة) على ما سيأتي تفصيله.

ذلك ما وددنا أن نشير إليه ـ بادئ ذي بدء ـ بين يدي تحليل تعريف المالكية للذكاة شرعاً.

التحليل الأصولي لتعريف المالكية للذكاة شرعاً:

قدمنا أن تعريف المالكية للذكاة الشرعية بأنها: «السبب الموصِّل إلى حل أكل الحيوان البري اختياراً».

ومفاد هذا، أن الذكاة الشرعية ـ كما قدمنا ـ أعم من الذبح؛ إذ الذبح قسم منها، يدلك على هذا أن «السبب» لفظ عام، يشمل كل وسيلة تفضي إلى الحل شرعاً، إذا توافرت شروطها.

معنى هذا، أن السبب الموصل إلى الحل، هو الوسيلة أو الطريق الذي يؤدي إلى رفع حياة الحيوان البري المذكى حالة السعة والاختيار، (لا حالة الاضطرار) بدليل قوله: «اختياراً» وذلك إنما يكون في الحيوان المستأنس الأليف المقدور على تذكيته الذكاة الشرعية، في محلها، وبشروطها، وذلك يختلف باختلاف طبيعة الحيوان:

أ ـ من كونه ذا دم سائل، فتكون تذكيته بفصل الدم الخبيث النجس المحرم، عن اللحم الطاهر الطيب الحلال، بالذبح أو النحر، تبعاً لكون الحيوان مما يذبح أو ينحر[٢].

---

(١) يقول ابن رشد في هذا المعنى: «أما المنخنقة، والموقوذة، والمتردية، والنطيحة، وما أكل السبع، فإنهم اتفقوا ـ فيما أعلم ـ أنه إذا لم يبلغ الخنق منها، أو الوقذ إلى حالة لا يرجى فيها، أن الذكاة عامة فيها (أي: الحِلّ) أعني إذا غلب على الظن أنها تعيش». «بداية المجتهد»: (١/ ٤٣٩).

(٢) من سنة الضأن والمعز والبقر والدواجن الذبح، ومن سنة الإبل النحر.

ب ـ أو كونه لا دم له سائلاً، من مثل الجراد، والسمك؛ فإن السبب الموصل إلى حله ـ في فقه المالكية ـ هو الفعل المميت الذي يرفع الحياة الثابتة بأي وسيلة، بمعنى أن «ذكاته إماتته» لا فصل دمه؛ لأن الفرض أن لا دم له يُفصل، وهذا عند المالكية، خلافاً للجمهور الذي يرى: أن الجراد يحل أكله ميتاً، «دون فعل يميته» لقوله ﷺ: «**أُحلت لنا ميتتان ودمان، أما الميتتان، فالسمك والجراد، وأما الدمان، فالكبد والطحال**»(١) وأما السمك فيعتبر مجرد إخراجه من الماء حيًّا. أمّا «العقر» وهو طعن أو جرح الوحشي غير المقدور عليه، في أي موضع من جسمه، بمحدد، بحيث يسيل دمه ويموت من ذلك الجرح، فهذه تذكية شرعية اقتضتها الضرورة بالنسبة إلى هذا الحيوان الوحشي الممتنع النَّفور غير المقدور على ذبحه في موضع الذبح أو الحيوان المستأنس الذي طرأ عليه التوحش عند الجمهور(٢) بأن شَرَدَ أو ندَّ أو استعصى في مكان ضيق، أو تردى في بئر، أو كان صائلاً، بحيث يتعسر ـ إن لم يتعذر ـ ذبحه في المحل المخصص له شرعاً.

هذا، وإنما عمموا «الوسيلة» بالنسبة إلى الجراد فقالوا: «إماتته بأي وسيلة» ليشمل ـ فيما يشمل ـ «النار» و«ضرب العصا» و«تهشيم الرأس»(٣) وما إلى ذلك، دون تخصيص بفعل معين، أو على صفة محددة، وإنما المدار على الفعل المميت.

على أن في قول المالكية في تعريفهم للذكاة الشرعية بأنها: «السبب الموصل إلى حِلِّ الحيوان البري. .» إشارة إلى إخراج الحيوان البري الذي لا تُؤثِّر فيه الذكاةُ الحلَّ، وهو الحيوان المحرم لعينه، كالخنزير وغيره من الحيوانات المحرم أكلها من

---

(١) أخرجه ابن ماجه: ٣٣١٤، وأحمد: ٥٧٢٣، من حديث ابن عمر.

(٢) خلافاً للإمام مالك الذي لا يعتبر طروء التوحش مبيحاً للعقر، بل اقتصر في اعتبار العقر ذكاة على الحيوان الوحشي طبعاً، وبأصل خلقته.

(٣) «الفقه على المذاهب الأربعة»: (١/ ٧٢٧ ـ ٧٢٨).

هذا، وقد أشرنا آنفاً إلى أن الجمهور لا يشترط في حل الجراد الإماتة، بأي فعل مميت يزيل الحياة، بل يحل ولو كان ميتاً؛ لما روينا من قوله ﷺ: «**أُحِلَّت لنا ميتتان ودمان، أما الميتتان، فالسمك والجراد**». . . الحديث.

كل ذي ناب من السباع، أو مخلب من الطير، فالخنزير يبقى نجساً، لا يطهر، ولا يحل، ولو ذكي ذكاة شرعية، وكذلك سائر الحيوانات المحرم أكلها، كما سيأتي تفصيله، فضلاً عن إخراج الوسيلة التي لم تتوفر فيها الشروط.

وعلى هذا، فالذكاة الشرعية أعم من الذبح؛ لأنها تشمل ـ عند المالكية ـ الفعل المميت، بالنسبة إلى نوع من الحيوان البري.

وأما «الذبح» ـ وهو قسم من الذكاة الشرعية كما قدمنا ـ فإنه الوسيلة المتعينة للحل دون سواها، بالنسبة إلى الحيوان البري المأكول اللحم، إذا كان مستأنساً أهليًا، مقدوراً عليه، كالضأن، والماعز، والبقر، والطيور الدواجن، بخلاف الإبل، فوسيلة تذكيتها النحر.

أما أن الذبح أو النحر هو الوسيلة الوحيدة «المتعينة» فلأنها ذات الكفاءة الفائقة والمثلى في إنهار الدم، وإسالته، وتسريع إزهاق روح الحيوان، دون تعذيب، وهو ما أكده قوله ﷺ: **«ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكل»** فقد علق حكم حل التناول على أمرين: إنهار الدم، والتسمية.

ومعلوم ـ أصوليًا ـ أن تعليق الحكم على شرطين يفيد انتفاء الحكم إذا انتفى ما عُلِّق عليه أحدهما، أو كلاهما، فكان الحل إذن منوطاً بإنهار الدم، بالنسبة إلى الحيوان المقدور عليه، ولا نقصد بفصل الدم الخبيث إلّا هذا، وهو المقصود بالتذكية في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]. فتلخص: أن الذبح أو النحر، هو عملية فصل، وهما سببان من الأسباب الموصلة إلى الحل شرعاً، إذا توفرت سائر الشروط ـ على اختلاف المذاهب فيها ـ وهذا مقصود للشارع قطعاً، وتفصيل ذلك:

أن «الدم» محرم تناوله بالنص القاطع، إجماعاً، لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ﴾ [المائدة: ٣] وقوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا﴾ [الأنعام: ١٤٥]. وذلك لكونه مرتعاً للجراثيم الفتاكة، بدليل سرعة فساده، وتغير لونه وريحه، بعد إراقته، فضلاً عن أن النفس تستقذره بطبيعتها، وهذا من «الخبائث» في حكم القرآن الكريم، ومن هنا ندرك أمرين:

أولهما: يتصل بحكمة التشريع.

والثاني: يتصل بالحكم الشرعي، وهو الحِل والحرمة.

«أما حكمة التشريع»، فتبدو في تعيُّن الذبح أو النحر وسيلة للذكاة الشرعية في الحيوان المستأنس المأكول اللحم، صوناً لحياة الإنسان، وصحته، فضلاً عن الحفاظ على «معنوياته» إذ من الثابت أن هذه «المعنويات» تتأثر بنوع المادة التي يتغذى بها الإنسان، ولا ريب أن «الدم» من الخبائث، وذلك سر تحريمه.

على أن الممعن في النص القرآني المحرم للميتة، بسائر صورها التي تعددت بتعدد أسبابها، في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ[1] وَالْمَوْقُوذَةُ[2] وَالْمُتَرَدِّيَةُ[3] وَالنَّطِيحَةُ[4] وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ[5] إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] أقول: إن الممعن في هذا النص القرآني ومقصد الشارع من تعداد صورها يرى أنه يعالج «عادات أهل الجاهلية فيما كانوا يطعمون، بل فيما كانوا يستمرئون من هذه الخبائث، على ما أشار إليه المفسرون[6]، ومن هنا يشتق أمران:

---

(١) المنخنقة هي التي تموت خنقاً، وهو حبس النَّفَس، سواء فعل بها ذلك آدمي أو اتفق لها ذلك في حبل، أو بين عودين أو نحوه.
وذكر قتادة: أن أهل الجاهلية كانوا يخنقون الشاة وغيرها، فإذا ماتت أكلوها. «تفسير القرطبي»: (٤٨/٦)، وهذا يوحي بأن هذا النص القرآني يعالج عادة جاهلية كانت قائمة، للقضاء عليها قضاء مبرماً، ومن هنا كان التحريم القاطع.

(٢) هي التي تُضرب بحجر أو عصاً، حتى تموت من غير تذكية، وعن ابن عباس والحسن وقتادة والضحاك والسُّديّ، يقال منه: وَقَذَهُ يَقِذه فهو وقيذ. والوقذ: شدة الضرب، وفلان وقيذ، أي: مثخن ضرباً، وقال قَتَادة: كان أهل الجاهلية يفعلون ذلك، ويأكلونه.

(٣) المتردية: هي التي تتردى أو تسقط من العلو إلى السفل، فتموت، سواء وقعت من جبل أو من بئر ونحوه، وسواء تردَّت بنفسها، أو رداها غيرها، وكانت الجاهلية تأكل المتردي ولم تكن تعتقد ميتة إلّا ما مات بالوجع ونحوه دون سبب يعرف، فأما هذه الأسباب فكانت عند الجاهليين كالذكاة.

(٤) النطيحة: وهي الشاة تنطحها أخرى، فتموت، قبل أن تذكى.

(٥) أي التي افترسها ذو ناب وأظفار من الحيوان كالأسد والنمر والثعلب، وكانت العرب في الجاهلية إذا أخذ السبع شاة ثم خلصت منه أكلوها. «القرطبي»: (٦/ ٤٩ ـ ٥٠).

(٦) «تفسير القرطبي»: (٤٨/٦).

أحدهما: أنه لا يقصد بتعدادها «الحصر» بل بيان الواقع؛ لأنَّها أنواع من الميتة كان الجاهليون لا يجدون باساً في أكلها، وهي من «الخبائث» الضار تناولها بالصحة قطعاً.

وعلى هذا، فلا يُعترض على تحريم كل ذي ناب من السباع، أو مخلب من الطير، وغيرهما، مما ثبت تحريمه بالسنة، بحجة أن النص القرآني تناول المحرمات على سبيل «الحصر» والسنة لا تقوى على الزيادة على الكتاب، لا يقال هذا؛ لما بينا أن تعدادها كان لبيان الواقع الجاهلي، لا للحصر، فتعدادها لا يفيد حكم التحريم عما عداها.

الثاني: أن أنواع الميتة التي تناولها النص القرآني الآنف، والمقرونة بأسباب موتتها: من الانخناق الذاتي، أو الخنق، أو الوقذ، أو النطح، أو أكل السبع، سبب التحريم هو «انحباس الدم» الخبيث فيها، دون أن يجد السبيل المعين لانفجاره وتدفقه وسيلانه، وهذا الانفجار أو السيلان بطريق الذبح أو النحر، هو الأصل في الحل، وهو ما نصت عليه الآية الكريمة.

أما ما استثناه الشارع في حالات الضرورة، بالنسبة إلى الحيوان الوحشي، خلقة وطبعاً، مما يكون سبب تعذر أو تعسر ذكاته في موضعها ووصفها الشرعي، لعلة عدم القدرة عليه بسبب التوحش، والامتناع، والعَدْو، أو مما يكون سبب تعسر ذكاته طروء هذا التوحش عليه أو الشرود، بعد أن كان أليفاً مستأنساً، على ما أشارت إليه السنة، أو بسبب الاستعصاء، أو الصيال، أو يكون من الطير، لطيرانه، وذلك لمكان الضرورة، بجامع عدم القدرة عليه.

أما الوحشي طبعاً، أو المتوحش، أو الطير، مما يكون نَفوراً ممتنعاً غير مقدور عليه، فهذا مما يطلق عليه «الصيد»[1] وفعل الاصطياد هو الفعل الموصِّل إلى حِله.

---

(١) يطلق «الصيد» اسماً على كل ما يتوحش ويمتنع، ولا يمكن أخذه إلّا بحيلة؛ إما لطيرانه، أو لعدوه، ولأن معنى «الصيد» - في الأصل - هو التوحش والامتناع، والدليل على ذلك أنه عطف عليه قوله عز شأنه: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦]. =

وأما المستعصي، أو الصائل، فذكاته بالعقر[١] ـ كما أشرنا ـ اعتباراً بالمتوحش، كأنه يُقتل كالصيد، خلافاً لمالك، وهو ما وردت به السنة[٢]، والعلة ليست شيئاً أكثر من «عدم القدرة عليه»[٣]

هذا في الحيوان البري حيث يعيش[٤] في البر.

وأما حيوان البحر، فلا يحل منه إلّا السمك عند الحنفية[٥]، خلافاً للجمهور على ما سيأتي بيانه، والطريق الموصل إلى حله ـ أي: ذكاته ـ هو إخراجه من الماء حيًّا[٦]

= والمراد منه الاصطياد من المُحرم، لا أكل الصيد؛ لأن أكل الصيد للمحرم مباح إذا لم يصطده بنفسه، ولا صاده غيره بأمره، راجع للإمام الكاساني: «بدائع الصنائع»: (٥/ ٣٥).

(١) «بداية المجتهد» لابن رشد: (١/ ٤٥٤).

(٢) من قوله ﷺ: «**إن لهذه البهائم أوابد، كأوابد الوحش، فما ندَّ عليكم فاصنعوا به هكذا**». وفي هذا المعنى يقول ابن رشد ما نصه: «إذا لم يقدر على ذكاة البعير الشارد، فإنه يُقتل (عقراً) كالصيد. . » ثم يقول: «وذلك، أن العلة في كون العقر ذكاة في بعض الحيوان ليس شيئاً أكثر من عدم القدرة عليه، لا لأنه وحشي فقط» «البداية»: (١/ ٤٥٤).

(٣) المرجع السابق.

(٤) يقول الإمام الكاساني في هذا الصدد ما نصه: «أما الذي يعيش في البحر فجميع ما في البحر من الحيوان، محرم الأكل إلّا السمك خاصة، فإنه يحل أكله إلّا ما طفا منه». وبهذا أخذ الإمامية، فقد جاء في «النهاية» للطوسي: «صيد السمك أخذه، وإخراجه من الماء حيًّا»: ص٧٥٦، وراجع: «اللمعة الدمشقية وشرحها»: (٧/ ٢٣٨).

وقال الشافعي رحمه الله: «يحل جميع ذلك، من غير ذكاة، وأخذه ذكاته، ويحل أكل السمك الطافي».

وأما المالكية، فقد جاء في «المسوى شرح الموطأ» أن ما يلفظه البحر، أو مات صرداً ـ أي: من البرد ـ أنه لا بأس بأكله، وهو رواية عن ابن عمر.

وكذا، إذا ماتت الحيتان من حر أو برد، أو قتل بعضها بعضاً، فلا بأس بأكلها، فإذا ماتت بنفسها وطفت، فهذا يكره من السمك، فأما ما سوى السمك فلا بأس به، وبذلك خالف الإمام مالك الشافعية في الطافي، ووافقه في حل غير السمك، كما خالف الحنفية الإمامية فيهما.

(٥) راجع: «المسوى شرح الموطأ» للإمام ولي الله الدهلوي: (٢/ ٣٤٠ ـ ٣٤١)، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

(٦) وفي هذا المعنى يستأنس الحنفية أيضاً بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما من قوله: «ما دسره البحر، فكله، وما وجدته يطفو على الماء، فلا تأكله». «البدائع»: (٥/ ٣٦). هذا «والطافي اسم لما مات في الماء من غير آفة، وسبب حادث». المرجع السابق.

وأخذه، إما بفعل الآدمي، حيث يموت؛ إذ لا حياة له إلّا بالماء، وإما بفعل البحر نفسه، بأن دَسَرَه وأخرجه إلى الشاطئ[1]، بخلاف الطافي على وجه الماء، فإنه لا يحل ـ في مذهب الحنفية[2] ـ والإمامية، خلافاً للشافعية؛ لأنه مات حتف أنفه، لا بسبب آخر، وهذا ـ في نظر الحنفية ـ مشمول بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ . . .﴾ [المائدة: ٣].

على أن مقصد الشارع من تشريع الطرق الموصلة إلى الحل، في غير المقدور عليه، اعتباراً لمكان الضرورة، أمران:

الأول: دفع الحرج عن الناس، وتيسير سبل الحصول على «نعمة الانتفاع بلحوم الحيوان البري النفور الممتنع» وما في حكمه، حيث أجاز الاقتناص والصيد، ولو لم تتحقق فيه كافة شروط التذكية الشرعية التي هي الأصل؛ لأن ذلك متعذر أو متعسر، ولا تكليف بما يجاوز حدَّ السَّعة، أو يوقع في العَنَت.

الثاني: عدم التسبب في إهدار الثروة الحيوانية، وهي ثروة عظمى، وذلك بتضييق سبيل الانتفاع بها، فيما لو وقع التكليف بالذكاة الشرعية على أصولها المعروفة في الحيوان غير المقدور عليه، وتضييع المال لا يقع في الشرع.

لهذا، وقع الاستثناء عن طريق تشريع أحكام الصيد التي تنهض بالطرق الميسرة للوصول إلى حِلِّها، وقد فصلنا القول في بيان هذه الطرق في بحث الصيد.

أمّا ما يتعلق بالمحرمات في النص القرآني الذي تلونا، إذا ماتت بالأسباب المذكورة، من الخنق، أو الانخناق، أو الوقذ، وما إليه، فقد جاء الاستثناء «إلّا ما

---

(١) راجع في مذهب الإمامية «النهاية» ص٥٧٦. وراجع أيضاً: «اللمعة الدمشقية مع شرحها الروضة الندية»: (٧/ ٢٣٨)، ط: دار إحياء التراث العربي، ويقول صاحب «اللمعة» ما نصه: «ذكاة السمك المأكول، إخراجه من الماء حيًا، بل إثبات اليد عليه خارج الماء حيًا» وهذا هو معنى «الأخذ» في فقههم. المرجع نفسه.

(٢) «البدائع»: (٥/ ٣٥ ـ ٣٦).

ذكيتم»، ليحل منها ما أدركت حياته، حتى تكون الذكاة هي السبب الرافع لحياتها الثابتة دون الأسباب المذكورة، فتحل حينئذ؛ لأن ما وقع بعد الاستثناء مخالف في الحكم لما قبله كما أسلفنا، وفي هذا قضاء مبرم على ضرب من العادات الجاهلية فيما كانوا يتناولون من مطعومات، مما كان مصدراً للأمراض الفتاكة، فضلاً عن الارتقاء بالمجتمع إنسانيًّا، بتخليصه مما تستقذره الفطرة الإنسانية النقية، بطبعها، لترجع إلى أصل جوهرها.

على أن النص القرآني بإطلاقه شامل للحيوان الذي أدركت حياته، سواء أكان مستأنساً، أم وحشيًّا، أما المستأنس المقدور عليه، فلا يحل إلّا بالذكاة الشرعية التي هي الأصل ـ كما بينا ـ.

وأما الوحشي بطبعه، فلأنه بعد الانخناق أو الوقذ، أو أكل السبع منه، وما إلى ذلك، فقد أصبح مقدوراً عليه، لزوال امتناعه بتلك الأسباب، فيصار حينئذ إلى الأصل من حيث الذكاة الشرعية، وهو ما جاء به صريح النص ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، لانتفاء علة ذكاة الضرورة، وهو عدم القدرة، لا لمجرد التوحش، كما بينا[١].

شروط الذبح، أو التذكية الشرعية في الفقه الإسلامي المقارن:

بينا في بحث «الصيد» آراء العلماء في «حكم التسمية» شرعاً، وهل هي «شرط وجوب» لحلِّية «المصيد» أو «الذبيح» أو ليست بشرط، بل هي «سنة مؤكدة»؟

وقلنا: إن الجمهور[٢] ـ ومنهم الإمامية [٣] ـ ذهب إلى الأول بالنسبة إلى المسلم،

(١) راجع «بداية المجتهد» لابن رشد: (١/ ٤٣٩ وما يليها).

(٢) «بداية المجتهد»: (١/ ٤٤٨ ـ ٤٤٩)، و«نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/ ١٣٩)، و«المغني والشرح الكبير»: (١١/ ٣٣)، و«الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف»: (١/ ٣٩٩)، و«شرح غاية المنتهى»: ج٦، مطالب أولي النهى، و«مغني المحتاج» للخطيب الشربيني: (٤/ ٢٧٢ ـ ٢٧٣)، و«المسوى شرح الموطأ» للإمام الدهلوي: (٢/ ٣٣٠ ـ ٣٣١).

(٣) «تحرير الوسيلة»: (٢/ ١٣١ وما يليها) وجاء فيه ما نصه: «التسمية من الذابح، بأن يذكر اسم الله عليها حينما يتشاغل بالذبح.. فلو أخل بها، فإن كان عمداً حرمت، وإن كان نسياناً لم تحرم».

وبالثاني قال الشافعي[١] وغيره، حيث رأوا «حل متروك التسمية عمداً أو سهواً، أو خطأ من باب أولى».

هذا، ونوهنا أن الجمهور نفسه، قد انقسم إلى فريقين:

أ ـ فريق ذهب إلى أن التسمية واجبة مطلقاً، عند الذبح، أو عند الإرسال في الصيد، حال الذكر (التذكر) أو النسيان، على السواء، فالحل متوقف على تحقق هذا الشرط، ولا حل بدونه، أخذاً بظاهر الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] وقوله عز وجل: ﴿أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [الأنعام: ١٤٥][٢] وبهذا أخذ الظاهرية[٣]، وهو مروي عن الحسن، وابن سيرين، والشعبي، وغيرهم[٤].

هذا، وقد أكدوا وجه هذا الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَطَعْتُمُوهُمْ إِنَّكُمْ لَمُشْرِكُونَ﴾ [الأنعام: ١٤٥][٥] أي: إن أطعتم الجاهليين المشركين في تحليلهم الحرام، وتحريمهم الحلال، وذكر اسم أصنامهم ونُصُبِهم وأوثانهم على ذبائحهم، تقرباً إليها، وعدم ذكر اسم الله تعالى عليها، فإنكم حينئذ مشركون مثلهم؛ لأن طاعتكم لهم بالهوى لا بالدليل والحجة والبرهان القوي.

وفي هذا إشارة إلى أن عادات الجاهلية وتقاليدهم، ينبغي ألا تؤخذ ميزاناً أو معياراً للحل والحرمة، فلا يجوز تحكيمها فيهما؛ لأن تلك العادات من مخالفات الشرك، أو مقتضياته، ومن تَشبَّه بقوم في عاداته وموازينه، فهو منهم، بل يجب تحكيم العقل والمنطق والعقائد الصحيحة.

---

(١) «مغني المحتاج» للخطيب الشربيني: (٤/ ٢٧٢ ـ ٢٧٣)، و«بداية المجتهد»: (١/ ٤٤٨ ـ ٤٤٩)، «المجموع شرح المهذب» للنووي: (٩/ ٨٠).

(٢) يقول تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [المائدة: ٣].

(٣) «المحلى» لابن حزم: (٨/ ١٨٦).

(٤) راجع: «تفسير القرطبي»: (٦/ ٧٦ وما يليها).

(٥) المرجع السابق.

وإذا كان النص القرآني قد جاء مطلقاً، فإن من قواعد تفسير النص أن «المطلق يُجرى على إطلاقه» ولا يقيد إلّا بدليل، فكان ذكر اسم الله تعالى واجباً، وهو شرط في الحل، وإذا علمنا أن «التسمية» واجبة في حق المسلم، فهي أمر واجب أيضاً في حق الكتابي، من باب أولى، لأمور:

الأول: لنفي ظاهرة الشرك، بالإهلال لغير الله تعالى، وبذكر أسماء الأوثان، أو الأصنام، أو بعض الأنبياء، أو العظماء، كل أولئك من «شعائر الوثنية، والشرك» وهو ما يحرِّم أكل الذبيحة، بصريح النص القطعي؛ لأن بعض شروط الذبح أو الصيد في الإسلام، يتصل بالمعنى الديني وهو عقيدة التوحيد.

الثاني: لأن النص شامل بإطلاقه للمسلم والكتابي، على السواء، وهذا جار على أن غير المسلم مخاطب بفروع الشريعة، وأن ذكر اسم الله تعالى من قِبَل غير المسلم، صارف له عن ذكر اسم غيره سبحانه على ذبيحته.

وعلى هذا، فإن «التسمية» شرط وجوب عند الذبح، ليحل الذبيح، مسلماً كان الذابح أو كتابيًّا، إجراءً للنص على إطلاقه، وهو الأصل في تفسير النص المطلق.

ب ـ ومذهب الحنفية والمالكية[1]، واجبة حال الذكر دون النسيان، بل ذهب المالكية إلى أن «التسمية» ليست بواجبة أصلاً على الكتابي، وإن كانت واجبة في حق المسلم، فقد جاء في «المسوى[2] شرح الموطأ»: تحِل ذبيحة أهل الكتاب، قال تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ﴾ [المائدة: ٤] هكذا بإطلاق، دون قيد التسمية، ولا أبلغ في التعبير عن معنى الإباحة من لفظ «الحِل».

وأُجيب عن ذلك، بأن القرآن الكريم يقيد بعضه بعضاً، ويفسر بعضه بعضاً، فإذا كان قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾[3] مطلقاً، لكنه مقيد بالآيات

(١) «المحلى» لابن حزم: (٨/ ١٨٦)، و«بداية المجتهد» لابن رشد: (١/ ٤٤٨ وما يليها)، و«حاشية ابن عابدين»: (٥/ ١٩٢)، و«شرح المحلي على المنهاج»: (٤/ ٢٥٩).

(٢) «المسوى، شرح الموطأ» للإمام ولي الله الدهلوي: (٢/ ٣٣١).

(٣) «نصب الراية»: (٤/ ١٨٤).

والأحاديث الصحيحة التي توجب «التسمية» وتحرم ذكر اسم غير الله تعالى على الذبيحة؛ لأن إرادة المشرع في تشريعه واحدة، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] والنهي للتحريم؛ لأنه يدل بصريحه على فساد المنهي عنه، فيدل بالمفهوم المخالف على أن التسمية واجبة مطلقاً.

على أن «التسمية» قد جاءت في القرآن الكريم بصيغة الأمر الصريح، قال تعالى: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾ [الحج: ٣٦].

وأما السنة الصحيحة، فذلك مثل قوله ﷺ في كيفية الصيد: «**فإنما سميت على كلبك، ولم تسم على كلب آخر**»، ولا فرق بين الصيد والذباحة، فالفارق في الحل والحرمة ـ كما ترى ـ هو التسمية وعدمها.

وكذلك، ما روي عن أبي ثعلبة الخشني: قال: قلت يا رسول الله: إنّا بأرض صيد، أصيد بقوسي، وبكلبي المعلم، وبكلبي الذي ليس بمعلم، فما يصلح لي؟ فقال: «**ما صدت بقوسك، فذكرت اسم الله عليه، فكُل**»[1].

وبيِّنٌ من منطوق الحديث أن حِلَّ التناول معلق على شرطين، وينتفي الحل بانتفائهما، أو انتفاء أحدهما، وهما:

أ ـ التسمية، لقوله ﷺ: «**فذكرت اسم الله عليه**»[2].

ب ـ التعليم «للحيوان الجارح في الصيد»[3].

ومن مثل قوله ﷺ: «**فاذكروا اسم الله عليه**» فقد جاء وجوب التسمية بلفظ الأمر، أو بهيئته وصيغته «فاذكروا» وهو صريح في الوجوب؛ إذ هو الأصل فيه.

الراجح أن شرط الحِل بالنسبة إلى ذبيحة الكتابي، ألا يذكر اسم غير الله تعالى عليها، مما ينافي عقيدة التوحيد الخالص.

---

(١) أخرجه البخاري: ٥٤٧٨، ومسلم: ٤٩٨٣، وأحمد: ١٧٧٥٢. وانظر «نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/ ١٣٠ ـ ١٣٣).

(٢) «نيل الأوطار»: (٨/ ١٣٠ وما يليها).

(٣) وقد مر ذلك في بحث الصيد مفصلاً.

على أنه إذا كان بعض الأئمة يجيز تناول ذبيحة الكتابي، ولو لم يذكر اسم عليها ـ كما سيأتي ـ غير أن الإجماع يكاد يكون منعقداً، على أن ذبيحته لا تحل، إذا وقف موقفاً إيجابيًّا من «الإشراك» ـ كما قدمنا ـ بأن ذكر اسم غير الله تعالى، من الأصنام، أو النصب، أو الأوثان، أو الأنبياء، أو العظماء ـ كما قدمنا ـ لمكان الإشراك في هذا الموقف، والإسلام ما جاء إلّا لمحاربة الشرك، ومحق ظاهرته من الوجود البشري دون هوادة، ولذا اتجه إلى شعائر الشرك في الذبح، أو الاصطياد، فكرر التحذير والنهي عن ذكر اسم غير الله تعالى على الذبائح في أكثر من آية كريمة، تأكيداً لمحاربة الشرك، وتأييداً لعقيدة التوحيد الخالص، فمن غير المعقول أن يُحِلَّ ذبيحة الكتابي إذا جنح إلى شعائر الشرك في الذبائح، بل شرع من الوسائل العملية، والمؤيدات التشريعية، ومن ذلك «التحريم» وهو كفيل بإنجاح هذه المحاربة، ووصف هذا الصنيع «بالفسق» من مثل ما تلونا آنفاً من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١][1]، وقوله سبحانه: ﴿أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤٥][2] وهذا بيِّن، من قِبَل أنه ينهى عنه، والنهي يقتضي التحريم، ومن قِبَل أنه وصفه بالفسق، ولا يوصف بالفسق إلّا ما كان محرّماً.

وأيضاً، جاء قوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾ [المائدة: ٣][3] معطوفاً على «المحرمات» في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ . . . الآية﴾ [المائدة: ٣] فكان المعطوف على المحر، محرماً بالضرورة، وبلفظ

---

(١) «تفسير القرطبي»: (٦/ ٧٦ وما يليها).

(٢) المرجع السابق.

(٣) على أنه ينبغي أن يلاحظ أن الشافعية، وإن قالوا بعدم وجوب التسمية، في حق المسلم، ولا في حق الكتابي، غير أنهم لا يجيزون ذكر اسم أحد من الأصنام، أو الأوثان أو اسم غير الله تعالى على الذبائح، بل يحرمون الذبيحة إن ذكر عليها اسم غيره تعالى: يقول الإمام النووي: «ذبيحة أهل الكتاب حلال، سواء ذكروا اسم الله عليها أم لا، لظاهر القرآن ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور. وحكاه ابن المنذر عن علي والنخعي، وحماد بن سليمان (أستاذ أبي حنيفة) وأبي حنيفة. «المجموع شرح المهذب»: (٩/ ٨٠) وهذا غير محرر.

التحريم «حُرِّمت» الذي هو أصرح لفظ في القرآن الكريم، وفي اللغة العربية، لإفادته على وجه قاطع، ودون احتمال.

وعلى هذا، فلم يبق وجه للأقوال الضعيفة، في إباحة ذبيحته، ولو ذكر عليها اسم غير الله تعالى، مما ذهب إليه «مكحول» والحسن البصري، وعامر الشعبي، وسعيد بن المسيب، والأوزاعي، والليث بن سعد، وأشهب من المالكية، لما قدمنا من الأدلة الصريحة القاطعة[(١)]، لمكان «المعنى» الذي ينافي أصل عقيدة التوحيد، وهو «الشرك» وهذه الآيات قد قَيَّدَت ظاهر الكتاب العزيز، من قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥] أي: بشرط ألا ينافي في ذبحه عقيدة التوحيد الخالص.

ويدل على هذا أيضاً ـ بل يؤكده ـ أن مطلق الآية السابقة، مقيد أيضاً ـ كما سيأتي ـ بألا تكون ذبيحة الكتابي مما حرمته شريعتنا، لذات الحيوان، أو لمعنى فيه، كالخنزير، والمنخنقة، والميتة، والمتردية، وما إلى ذلك من المحرمات؛ إذ ليس لشخص الذابح من أثر في رفع التحريم، فلا يكون الشيء حراماً علينا، حتى إذا قدمه لنا غيرنا حلَّ لنا؛ لأن معنى التحريم أو علته، قائم في الحالين، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، فيكون «الحكم» واحداً فيهما على ما هو معلوم أصوليًّا، لا مع اختلاف المالك للشيء، وفي هذا المعنى، يقول أستاذنا المرحوم الشيخ محمود شلتوت ـ شيخ الجامع الأزهر سابقاً ـ ما نصه: «وإن الناظر في «المعنى» الذي لأجله حرم ما حرم على المؤمنين، وهو الابتعاد عما اتصل به، مما ينافي «التوحيد» كذكر اسم غير الله، أو الذبح على النصب[(٢)]، وعما كان تحريمه لمعنى في نفسه، كالميتة، وما عطف عليها، إن الناظر في هذا، لا يرى بدًّا من الحكم بأن ذلك التحريم، لا يرفعه إن كان الحيوان (الذبيح) ملكاً لغير المسلم، أو طعاماً له، فإنه لم يُعهد (شرعاً)

---

(١) «بداية المجتهد»: (١/ ٤٤ وما يليها)، و«أحكام القرآن» لابن العربي: (٢/ ٥٥٣)، و«الجصاص»: (١/ ١٢٥).

(٢) «الذبح على النصب» أي: من أجلها؛ لأن كلمة «على» في هذه الآية الكريمة، للتعليل، أي: من أجل. والنصب بمعنى الأوثان.

أن يحرم شيء لمعنى على طائفة، ثم يباح لها، إذا كان لغيرها، مع وجود «معنى التحريم» (علته) فيه»[١].

ثم يضيف ـ رحمه الله ـ إلى ذلك قوله: «وإذا نظرنا إلى أن «التكاليف الإسلامية» وما تضمنته من تحليل وتحريم ـ هي في واقعها، وفيما أراد الله من جعل الرسالة المحمدية، وشرائعها عامة «لجميع الناس، وأن الناس جميعاً مكلفون بها (مخاطبون بفروع الشريعة) ـ يظهر لهذا الرأي قوة فوق قوته»[٢].

ثم يضيف الأستاذ الأكبر إلى ذلك قوله أيضاً: «أما قول المرجحين للإباحة (أي: على الإطلاق دون قيد): إن الله أباح طعام أهل الكتاب للمؤمنين، وهو يعلم ما يقولون ويفعلون، فيقابله[٣] أن الله سبحانه أباحه للمؤمنين، وهو أيضاً يعلم ما حرمه عليهم، ويعلم أنهم يعلمونه، ويعلمون أن تحريمه لم يكن لأنه ملك لهم، بل لمعنى (علة) متصل به، ومتحقق فيه، ولا تأثير لصفة الملك عليه»[٤]. وهذا واضح.

منشأ الخلاف في حكم ذبيحة الكتابي:

إن منشأ الخلاف في حكم ذبيحة الكتابي إذا «علم» أنه ذبح بذكر اسم غير الله تعالى، هو تعارض عمومي القرآن الكريم في هذا الصدد، وهو أولاً: عموم قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥] حيث يتطرق إليه احتمال أن يكون مخصصاً لقوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١٧٣] كما يحتمل أن يكون قوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ مخصصاً لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ إذ يصح أن يكون كلٌّ منهما مخصصاً للآخر[٥].

فمن ذهب إلى الاحتمال الأول، أجاز ذبيحة الكتابي التي أهل بها لغير الله

---

(١) «تفسير القرآن الكريم» للأستاذ الكبير الشيخ محمود شلتوت: ص٣٠٣ ـ ٣٠٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) يجاب عنه بالمقابل.

(٤) المرجع السابق.

(٥) «بداية المجتهد» لابن رشد: (١/ ٤٥١).

تعالى، ولو علمنا يقيناً أنه فعل ذلك؛ لأنه مستثنى ـ أي: مخصَّص ـ من حكم قوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ﴾ وهذا هو معنى التخصيص.

ومن ذهب إلى الاحتمال الثاني، لم يُجِز، إذا علم ذلك منه؛ لأن عموم قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ﴾ استثني منه (خُصِّص) ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ﴾ «فهو حرام لا حلال».

ونحن نرى ترجيح الثاني؛ لما قدمنا من «المقصد الأساسي» من العقائد الإسلامية، وهو محو ظاهرة الإشراك من الوجود البشري كله.

وعلى هذا، أقام بعض الفقهاء هذا «المقصد الأساسي» في المكان الأول، حيث ذهب إلى أن العبرة في الحِل، تحقيق هذا «المناط» وهو ذكر اسم الله تعالى، وفي الحرمة، ذكر اسم الأصنام، أو الأوثان، أو أن يكون الذبح من «أجل النصب[1]، تقرباً إليها» بقطع النظر عن شخص الذابح، ولو كان لا يؤمن بدين سماوي[2]؛ لأن «علة التحريم» ليست هي مجرد كفر الذابح أو إشراكه، بل ما يقترن بصنيع أمثاله في العادة من الألفاظ الدالة على معاني الشرك والوثنية، وفرق بينهما، فالمحرم لفظه، لا شخصه؟ ولا ملَّتُهُ الكامنة في نفسه.

ويتجه على هؤلاء أن الحِلَّ منوط بأهل الكتاب بالنص، بالنظر إلى «دينهم السماوي» فالاعتبار الشخصي ـ كما ترى ـ قائم، والمنظور إليه هو قيام «الملة» المستكنة في نفسه، ألا ترى أن ذبيحة المسلم الذي ترك التسمية نسياناً تحل، لقيام ملته مقام تسميته؟؟ وكذلك الذي تركها عمداً، على المذهب الشافعي، فالاعتبار الشخصي لا يمكن قطع النظر عنه، والقرآن الكريم يقول: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ﴾ [المائدة: ٥] وإلّا لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر أي معنى.

---

(١) لأن كلمة «على» في قوله تعالى: ﴿وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ﴾ للتعليل لا للاستعلاء، بمعنى من أجل النصب، تقرباً إليها، وكما أشرنا في المتن.

(٢) «الفقه الإسلامي» للدكتور محمد فوزي فيض الله ص٦٣٤ ـ ٦٣٥، طبع جامعة دمشق ١٩٧٧م، وراجع «فتح القدير مع الهداية» للكمال بن الهمام (٨/ ٥٧)، و«رد المحتار»: (٦/ ٢٩٧ وما يليها).

هذا، ويضيف هؤلاء إلى ذلك، قولهم: «إن الحكمة من الذبح، أو العلة المبيحة له، هي إراقة الدم، بقطع الأوعية المخصوصة، فإذا تحقق هذا، ولم ينضم إليه ما يدل على قصد التقرب لغير الله، كان المذكى حلالاً».

ويتجه على هذا النظر أيضاً أن «الحكمة» أو «العلة» عنصر عقلي، يختلف العلماء عادة في تحديدها، ويترجح النظر في هذا التحديد، بقوة الدليل والبرهان، وهذا يدعونا بالضرورة إلى بحث هذه «العلة» أو «الحكمة» واستنباطها، غير أنه لا بد ـ بادئ ذي بدء ـ من أن نقف على تكييف «ماهية الذبح» شرعاً، وهو أمر معقول المعنى، من حيث كونه مجرد عمل آلي، لإراقة الدم، وفصله عن اللحم، أي: لإزالة هذه المادة النجسة الرطبة الخبيثة عن اللحم الطيب، وهو من مفهوم «التذكية» الذي يفيد معنى «التطهير»، أو هو أمر «تعبدي» محض، غير معقول المعنى، ولا يمكن بالتالي إدراك حكمته، ولذا تشترط فيه «التسمية» والإهلال بذكر الله تعالى، والاتجاه بالذبيحة إلى القبلة[1]، وعدم ذكر اسم غير الله تعالى، وكون الذابح من أهل «ملة التوحيد» التي هي الأصل في الأديان السماوية كافة، ومن ثم، كان للاعتبار الشخصي دخله في حِلِّيَّة الذبيحة.

إختلف النظر الفقهي في ذلك اختلافاً بعيداً، على الوجه التالي:

١ ـ ذهب فريق ـ كما قدمنا ـ إلى أن الذبح هو مجرد عمل آلي، لفصل الدم النجس عن اللحم الطيب الطاهر، فكان ـ لذلك ـ معقول المعنى، يمكن إدراك حكمته، وهي مجرد الفصل والإزالة للنجاسة، أعني إراقة «الدم» وإنهاره.

وعلى هذا، رأى هذا الفريق أن «الذبح» يتم شرعاً، أيًّا كان الذابح، ما دام لم يذكر على الذبح اسم غير الله تعالى؛ إذ مقصود الشرع الذي يدركه العقل يتم بأمرين:

أ ـ بالفصل التام بين الدم واللحم، أو بإزالة المادة النجسة، وهي الدم، وذلك هو المراد بالتذكية في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣].

(١) وهذا واجب عند الإمامية، ومشروع عند غيرهم، ويرجح ابن رشد أن ذلك ليس له أصل في الشرع، بل هو مبني على قياس مرسل، وهو دليل ضعيف. (١/ ٤٤٩).

ب ـ بعدم ذكر اسم غير الله تعالى أثناء عملية الذبح.

حتى إذا تحقق هذان الشرطان، لم يعد ثمة من وجه لاعتبار شخص الذابح؛ لأن العبرة بالتذكية الشرعية في حد ذاتها، بقطع النظر عمن يقوم بها، وقد تمت ـ في حد ذاتها ـ على الوجه الشرعي، وقالوا في تنظير ذلك: ألا ترى أنه لو أصاب ثوبَ المسلم نجاسةٌ عينية، فأزال عينها «غير المسلم» وبغير الماء، أنه يطهر الثوب، فكذلك ما نحن فيه، لمعقولية المعنى، وأنه مجرد عملية تطهير معقولة المعنى[1].

هذا، ولو كان تطهير الثوب من النجاسة العينية أمراً «تعبديًّا» محضاً، غير معقول المعنى، لما طهر إلّا من قبل المسلم، ولما كان جائزاً إلّا بالوسيلة التي عينها الشارع، وهي «الماء» دون غيره من المزيلات والقالعات، لعدم معقولية المعنى؛ إذ لا محل للاجتهاد فيما لا تدرك حكمته، أو علته، من التعبديات.

والراجح عندي، أن معنى «التعبد» في «التذكية الشرعية» ليس من السهل إنكاره، لما قدمنا من الأدلة التي نهضت بوجوب التسمية والإهلال بذكر اسم الله تعالى في أكثر من موضع من الكتاب العزيز، وتحريم ذكر اسم الأصنام والأوثان عليها، وبوجوب «القصد» إلى الذبح، اعتقاداً منه أنه هو الذي يحل الذبيح، وهو غير النية، وبالاتجاه بالذبيحة إلى القبلة[2]، على ما رسمته تعاليم السنة الصحيحة، طاعة لله تعالى، وامتثالاً لأمره، وتحقيقاً لما تقضي به «عقيدة التوحيد» التي حاربت مظاهر الشرك والوثنية دون هوادة، تلك المظاهر التي كانت عادات شائعة في الجاهلية، ولا سيما في ذبائحهم، وقرابينهم، كما نعلم، ومن هنا تُدرك سر قوله تعالى: ﴿فَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا صَوَآفَّ﴾ [الحج: ٣٦][3] حيث جاء أمره تعالى لنا بذكر اسمه سبحانه على الذبيحة أثناء الذبح، والأصل في الأمر الوجوب والتحتيم، وذلك لهدم أهم مظهر من مظاهر الشرك، وهو الإهلال على الذبح لغير الله تعالى.

---

(١) «بداية المجتهد» لابن رشد: (١/ ٤٥١).

(٢) وأوجبه الإمامية: «تحرير الوسيلة»: (٢/ ١٢٩).

(٣) المرجع السابق.

هذا، ومما يعين هذا «القصد»[1] شرعاً في حِلِّ الذبيحة، أن ذكر اسم الله تعالى في قوله سبحانه: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾ وبصيغة الأمر، إما أن يكون مقصوداً، أو غير مقصود، فإن كان غير مقصود، فلا يعتد به، فيتعين القصد شرطاً في حل الذبيحة، وأن القول بأن «الذبح» مجرد عمل آلي لفصل الدم، غير سديد، من قِبَل أن معنى «التعبد» فيه ظاهر، لما بينا[2].

غير أن هذا «القصد» ـ فيما نرى ـ غير واجب في حق الكتابي، بل يكتفي منه بعدم ذكر اسم غير الله تعالى، رفعاً للحرج عن المسلمين، ولا سيما إذا احتاجوا إلى ذبائحهم في ظروف العُسرة، والأزمات الحادة، ولإمكان التعايش السلمي مع كل من يستظل براية الإسلام، أو على الصعيد الدولي.

٢ ـ قطع الأوداج وإنهار الدم:

لا خلاف بين الفقهاء أنه إذا قطع المذكي أو الذابح الأوداج جملةً، من الحلقوم والمريء[3]، والودجين[4]، أن الذبيحة تَحِل لأنه تمام التذكية، والتمام أو «الإتمام» هو «معنى التذكية» كما أسلفنا.

وإنما اختلفوا في «الحد الأدنى» من هذا الذبح أو القطع، كما ذكرنا، ذلك الحد الأدنى الذي يعتبر مجزئاً في الذبح، فلا نعيده هنا، وإنما الذي يعنينا في هذا المقام أن نبين وجهة نظر كل فقيه فيما اشترط.

---

(١) سيأتي بحث «القصد» في موضعه من بحث «حكم اللحوم المستوردة».

(٢) راجع في هذه المعاني، واتجاه كل فريق، وأدلته: «بداية المجتهد»: (١/ ٤٤٥ وما يليها)، و«أحكام القرآن» لابن العربي: (٢/ ٥٣٣)، و«أحكام القرآن» للجصاص: (١/ ١٢٥)، و«حاشية ابن عابدين»: (٦/ ٢٩٧ وما يليها)، و«فتح الباري»: (١٢/ ٥٧)، و«المجموع شرح المهذب» للشيرازي: ص٣٢٥، و«تحرير الوسيلة» للإمام الخميني: (٢/ ١٢٩ وما يليها)، و«شرح النووي على مسلم»: (١٣/ ١٤١)، و«تفسير القرآن» للأستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت ص٣٠١ ـ ٣٠٣، و«المسوى شرح الموطأ» للإمام ولي الله الدهلوي: (٢/ ٣٣١)، وراجع فيه تفسير قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١].

(٣) الحلقوم: مجرى التنفس، والمريء: مجرى الطعام.

(٤) الودجان: عرقان في صفحة العنق يحيطان بالحلقوم «الوريدان».

لا ريب أن الفقهاء قد اتجهوا إلى أن «مقصد الشارع» هو فصل الدم النجس، وأن ذلك واجب شرعاً، وأن الذبيحة لا تحل إن لم يتم هذا الفصل، عملاً بقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] وأن «الذبح أو النحر» ـ في الحالة الاختيارية ـ هو المتعين لذلك، حَسَبَ الأحوال[١].

محل النزاع:

غير أن الفقهاء اختلفوا في صفة هذه الذكاة، من حيث العدد المخصص من الأوداج الذي يكفي قطعه، ليتحقق به إنهار الدم، وإزهاق الروح (التذكية) وفي «الآلة» المتعينة، وفي «الموضع» المخصوص؛ لأن هذه الأمور من العدد، والصفة، والآلة، والموضع، اختلف في أيها هو الأكفأ والأنجع، وأيها الأسرع في إنهار الدم وانفجاره، وتدفقه، والأكثر تسريعاً أيضاً في رفع حياته، وإزهاق روحه، دون إيلام أو تعذيب[٢]، وبأقل قدر ممكن من القطع؛ لأن زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب التحرز عنه[٣]، وهذه نزعة إنسانية ينبغي ألا نغض الطرف عنها.

الحد الأدنى من عدد الأوداج الذي يكتفى بقطعه (ذبحه) لتحقيق معنى التذكية شرعاً، من إنهار الدم، وتفجيره، وإزهاق الروح دون تعذيب، في اجتهاد العلماء.

يُفهم من أقوال الفقهاء، أن محل النزاع إنما هو في «الحد الأدنى» الذي يشترط للحِلّ، ويكتفى به في «التذكية» لتحقيق معناها الشرعي، دون مجاوزة لما تستدعيه الضرورة، أو لما يتحقق به مقصد الشارع من التذكية، ونعرض فيما يلي آراء الفقهاء، وتوجيهاتهم، مع المقارنة.

---

(١) «مغني المحتاج» للشربيني: (٤/ ٧٢ وما يليها)، و«فتح القدير»: (٨/ ٥٨ وما يليها)، و«تحرير الوسيلة»: (٢/ ١٢٩ وما يليها)، و«المغني مع الشرح الكبير» لابن قدامة: (١١/ ٣٣)، و«المحلى» لابن حزم: (٨/ ١٨٦ وما يليها)، و«المجموع شرح المهذب» للنووي: (٩/ ٨٠)، و«البدائع» للكاساني: (٥/ ٤١ وما يليها)، و«اللباب شرح الكتاب» للغنيمي: (٣/ ٢٢٦ وما يليها)، و«نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/ ١٤١ وما يليها) و«بداية المجتهد»: (١/ ٤٤٤).

(٢) «فتح القدير مع الهداية» للكمال بن الهمام: (٨/ ٥٩) ـ فقه حنفي ـ.

(٣) عبر بالقطع احترازاً عن الشق لأنه لا يجزئ إجماعاً. المرجع السابق.

اتفق الفقهاء على أن قطع الأربعة يتحقق به كمال التذكية، وهو مبيح للأكل، واختلفوا بعد ذلك في مواضع:

أ ـ ذهب الحنفية إلى أن الواجب في «التذكية» ـ ليتحقق معناها ـ هو قطع ثلاثة أوداج من الأربعة من غير تعيين، لقول الرسول ﷺ **«أفر الأوداج بما شئت»**(١) والأوداج أربعة كما علمت: «الودجان، والحلقوم، والمريء» فيكفي من الأربعة ثلاثة؛ لأن للأكثر حكم الكل، فإن قطع ودجاً واحداً، وقطع معه الحلقوم والمريء، كفى، وكذلك إن قطع الودجين والحلقوم وحده، كفى، وإن قطع المريء مع الودجين، كفى أيضاً، وإن قطع الأربعة جميعاً، فذلك كمال التذكية، وتمامها.

غير أن المشهور في المذهب الحنفي، أن هذا هو رأي أبي حنيفة وحده(٢).

وذهب الصاحبان إلى أنه لا بد في تحقيق «كفاية» التذكية الشرعية من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين(٣)، فذلك مجزئ في الحِلّ.

---

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير»: ٧٨٥١، والبيهقي في «الكبرى»: (٩/ ٢٧٨)، من حديث أبي أمامة، وذكره الهيثمي في «المجمع»: (٤/ ٣٤)، وقال: وفيه علي بن زيد، وهو ضعيف، وقد وُثِّق. انظر: «فتح القدير»: (٨/ ٥٧)، للكمال ابن الهمام، جاء في «الهداية» ما نصه: «ولأبي حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل، في كثير من الأحكام، وأي ثلاثة قطعها، فقد قطع الأكثر منها، وما هو المقصود يحصل منها، وهو إنهار الدم، والتوحية إلى إخراج الروح (الإسراع في إزهاقها؛ لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام، ويخرج الدم، بقطع أحد الودجين، فيكتفى به، تحرزاً عن زيادة التعذيب». «الهداية مع فتح القدير»: (٨/ ٥٨ ـ ٥٩)، وانظر «بداية المجتهد» لابن رشد: (١/ ٤٤٤ ـ ٤٤٥)، و«بدائع الصنائع» للكاساني: (٥/ ٤١)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٥/ ٢٩٦)، و«اللباب في شرح الكتاب» للغنيمي: (٣/ ٢٢٦)، وارجع: «نيل الأوطار» للشوكاني: (٨/ ١٤٦ وما يليها). هذا، ويستخلص من كلام الفقهاء: «أن كل حياة رفعتها الذكاة، يباح أكل حيوانها المذكى.

(٢) «فتح القدير مع الهداية» الكمال بن الهمام: (٨/ ٥٦ ـ ٥٩).

(٣) المرجع السابق: «اللباب في شرح الكتاب»: (٢/ ٢٢٦).

هذا، وأعيد إلى ذاكرتك أن اشتراط عدد الأوداج، والصفة، واشتراط النية أو التسمية والقصد ـ كما سيأتي ـ مما يرجح كون «التذكية» عبادة بالنسبة إلى المسلم، خلافاً لمن لم يوجب «النية» في حقه، ذهاباً منه إلى أن «الذبح» فعل معقول المعنى يحصل عنه ـ كما يحكي ابن رشد ـ فوات النفس الذي هو المقصود منها (الحكمة) فوجب ألا تشترط النية فيه ـ أي: بالنسبة إلى المسلم، وفي حق الكتابي أولى ـ كما يحصل من غسل النجاسة إزالة عينها. «بداية المجتهد»: (١/ ٤٤٩). =

ووجه الكفاية، أن الحلقوم هو مجرى النفس، والمريء مجرى الطعام، حتى إذا قُطعا، فقد أزهقت الحياة، وارتفعت، لكن بقي إنهار الدم وإراقته، ولا ريب أن قطع أحد الودجين، كاف لتحقيق هذه الإراقة، وبذلك اجتمع في «التذكية» الأمران معاً:

أ ـ رفع الحياة، أو إزهاق الروح.

ب ـ إنهار الدم، وانفجاره من أحد الوريدين.

على أن المشهور أن هذا قول أبي يوسف وحده(١).

أما الإمام محمد فيرى أنه يُعتبر قطع أكثر كل عرق من الأربعة، ووجهة نظره: أن كلًّا من هذه الأوداج الأربعة أصل قائم بنفسه، وليس مندرجاً في مفهوم غيره، بدليل أنه منفصل عنه تمام الانفصال خِلقة(٢).

جاء في «فتح القدير» في بيان وجه استدلال الإمام محمد على مذهبه ما نصه:

«أنه يُعتبر أكثر كلِّ فرد... لأن كل فرد منها أصل قائم بنفسه، لانفصاله عن غيره، ولورود الأمر بفريه، فيعتبر أكثر كل فرد منها»(٣).

ومفاد هذا، أنه قد ورد الأمر بفري كل عرق على الخصوص، فيعتبر أكثر كل واحد منها في القطع، ولا يشترط «الاستيعاب» لأن للأكثر حكم الكل في كل عرق، وقطع أكثره كقطعه كله، والصحيح في المذهب هو قول أبي حنيفة.

= ومفاد هذا الرأي الأخير، أن الطهارة تحصل بإزالة عين النجاسة، دون نية، فكذلك ما نحن فيه، من إزالة عين النجاسة، وهي الدم، لكن يرد على هذا الرأي أن «التذكية» عمل، ولا بد في العمل شرعاً من النية، لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات» [أخرجه البخاري: ١، ومسلم: ٤٩٢٧، وأحمد: ١٦٨، من حديث عمر بن الخطاب]، وأن «التذكية» طهارة، والطهارة عبادة أيضاً، كالوضوء، ولا بد في العبادة من النية على الراجح.

(١) «اللباب شرح الكتاب» للغنيمي: (٣/ ٢٢٦)، تصوير المكتبة العلمية، بيروت، لبنان سنة ١٤٠٠ هـ ـ ١٩٨٠م.

(٢) «فتح القدير»: (٨/ ٥٨).

(٣) المرجع السابق.

ب ـ أمّا الإمامية[١]، فذهبوا إلى أن شرط الحل رهن بقطع الأربعة جميعاً، وباستيعاب القطع لكل ودج على حدة؛ لأن هذا هو معنى «التمام» الذي هو معنى جوهري في مفهوم[٢] التذكية، على ما قدمنا[٣].

جاء في «تحرير الوسيلة» ما نصه: «فلو قطع بعض هذه لم يحل، وإن بقي شيء يسير»[٤]، أي: شيء قليل من كل ودج دون قطع، بحيث لا يبلغ القطع آخره، ولا يستوعبه، لم يحل أيضاً.

وعلى هذا، فلا بد من قطع الأوداج جميعاً، مع استيعاب هذا القطع، واستيفائه؛ لأن هذا هو معنى «التمام» في التذكية الشرعية.

ج ـ أما الشافعية والحنابلة، فقالوا: إن ما يجزئ في الذكاة الشرعية الاختيارية[٥]، قطع كل الحلقوم والمريء استيعاباً، ويستحب قطع الودجين[٦].

ووجه النظر في استحباب قطع الودجين، أنهما قد يُسَلّان من الحيوان، فيبقى ولا يموت، مما يدل على أنْ ليس بقطعهما تأثير في رفع حياة الحيوان، بخلاف الحلقوم والمريء؛ لأن قطعهما مفض إلى الموت لا محالة.

وفي هذا التوجيه نظر لأن قطع الودجين مفض إلى إنهار الدم بغزارة، وفيه تصفية للجسم منه، عملاً بالسنة: **«أفر الأوداج بما شئت»** **«ما أنهر الدم»** وقطع الحلقوم والمريء، وإن قطع النفس ومجرى الطعام، فذلك مفض إلى رفع الحياة، لا إلى

---

(١) «تحرير الوسيلة»: الخميني (٢/ ١٢٩)، و«اللمعة الدمشقية بشرح الروضة الندية» للشهيد العاملي: (٧/ ٢١١).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) تعريف «التذكية» لغة، وشرعاً.

(٤) «تحرير الوسيلة»: (٢/ ١٢٩).

(٥) وصفت الذكاة بأنها اختيارية، أي: في حال السعة والاعتياد احترازاً عن حال الاضطرار، وذلك إنما يكون بالصيد، أو العقر، دون الذبح أو النحر. «المجموع شرح المهذب»: (٩/ ٨٦)، و«الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف»: (١/ ٣٠٢)، و«بداية المجتهد»: (١/ ٤٤٤ وما يليها).

(٦) «مغني المحتاج»: (٤/ ٢٧٠). هذا، والودجان بالنسبة للآدمي هما الوريدان. المرجع السابق.

إنهار الدم، وتدفقه بغزارة، على النحو الذي يُرى في قطع الوريدين، وهو شرط الحل.

على أن تحكيم الخبرة، هو الأساس في زيادة اليقين.

هذا، والذي يبدو لنا أن الشافعية ومن معهم، رأوا أن التذكية إزالة للحياة، أي: إزهاق الروح، ولا ريب أن الحياة لا تبقى بعد قطع الحلقوم والمريء؛ لأن الأول مجرى النفس، والثاني مجرى الطعام والشراب، ولا تستقر الروح بعد قطعهما، وقد تبقى بعد قطع الودجين، بزعمهم، ولهذا قالوا باستحباب قطعهما، وقد قدمنا أن الذبح ليس لرفع الحياة فحسب، وإلّا فالموقوذة، والمتردية، والنطيحة، وما أكل السبع، قد رفعت حياة كلٍّ منها، ومع ذلك فهي محرمة، مما يدل، على أن رفع الحياة، ليس وحده سبب الحل، بل لا بد أن يكون معه إنهار الدم أيضاً، وذلك لا يتم على الوجه الأكمل إلّا بقطع الودجين، ولأنه يسرع في الإزهاق، وعدم تعذيب الحيوان، ولأن للودجين اتصالاً بأكثر عروق البدن، بل وبالدماغ أيضاً، فكان أسرع في إنهار دم الحيوان بغزارة، ولأن الدم هو سبب الحرمة، حتى إذا زال هذا السبب ـ وذلك بقطع الودجين ـ كان الحل بزوال سبب الحرمة.

على أن الشافعية، أوجبوا إنهار الدم، ولكنهم رأوا أن ذلك يتم بقطع الحلقوم والمريء.

د ـ وذهب مالك، إلى أنه لا بد من قطع الحلقوم، والودجين، ولا يجزئ أقل من ذلك.

هذا، والإمام مالك، قد جمع ـ كما ترى ـ بين رفع الحياة، وذلك بقطع الحلقوم، وهو مجرى النفس، وبين قطع الودجين، إنهاراً للدم، ولا جرم أن ذلك مجزئ في «التذكية».

هـ ـ مذهب الثوري، أنه يكتفي بقطع الودجين؛ لأن مقصود الشرع «إنهار الدم» بنص الحديث، ويتم ذلك بقطعهما.

ويرد على ذلك قوله ﷺ: **«أفرِ الأوداج بما شئت»**، فلم يقتصر الأمر بالإفراء على

اثنين منهما ـ كما ترى ـ وهو نص صريح، ولا اجتهاد في مورد النص القاطع، نعم، لو قال: للأكثر حكم الكل، لكان له وجه، أو لو اشترط قطع الحلقوم مع الودجين، تسريعاً لإزهاق الروح، وتجنيباً للحيوان ألم التعذيب، لطول الزهوق، بقطع الودجين وحدهما، لكان متجهاً.

وعلى هذا، فإن الفقهاء قد اتفقوا على أنه لا بد من إنهار الدم، بغزارة، ولكنهم اختلفوا في السبب أو الطريق الموصل إلى ذلك، أو المجزئ في تحقيق ذلك، والإسراع في إزهاق الروح، على النحو الذي رأيت.

هذا، والذي يتبدى لنا أن الكل متفق على أن قطع «الأربعة» هو تمام التذكية، وأن المجزئ في تحقيق رفع الحياة إنهار الدم (الحد الأدنى) هو قول من ذهب إلى قطع الحلقوم والودجين، إزهاقاً للروح، وتخلصاً من المادة النجسة التي هي سبب التحريم، والإسراع في ذلك، تفادياً للتعذيب، فضلاً عن أن قطعهما أكفأ من غيرهما، وأسرع في إسالة الدم وإنهاره، وهو مقصود الشرع، وأكثر تحقيقاً لمعنى «التذكية» أي: لمناط الحل، دون الاكتفاء بقطع واحد منهما.

محل الذبح، أو موضع القطع:

اتفق الفقهاء على أنه لا يجزئ الذبح في غير «الحلق واللَّبَّةِ»[١] للحديث: «**الذكاة في الحلق واللبة**» أي: ما بينهما[٢].

غير أن الفقهاء اختلفوا في تحديد هذا الموضوع تحديداً يتفق مع «الحكمة» من مشروعية الذبح شرعاً.

---

(١) «اللبة» ـ بفتح اللام المشددة، والباء المشددة ـ وهي الوهدة، أو الثغرة التي في أسفل العنق. «نيل الأوطار»: (٨/ ١٤٢).

(٢) علقه البخاري بصيغة الجزم من حديث ابن عباس موقوفاً قبل: ٥٥١٠، ووصله عبد الرزاق: ٨٦١٥، والبيهقي في «الكبرى»: (٩/ ٢٧٨)، وإسناده صحيح. وانظر «البدائع» للكاساني: (٥/ ٤١ وما يليها).

أ ـ فذهب الحنفية إلى أن «قصبة العنق كلها محل للذبح» فإن قطع الجوزة جاز، وإن لم يقطعها، جاز أيضاً، ما دام «الذبح» بين الحلق[١] واللبة.

والحنفية ـ كما يبدو ـ منطقيون مع مذهبهم في «صفة الذبح» وموضعه، ذلك لأنك عرفت أن المجزئ في التذكية في المشهور من مذهبهم ـ قطع ثلاثة أوداج غير معينة، من أربعة، إعطاء للأكثر حكم الكل، وعلى هذا يجوز قطع أي ثلاثة شاء، فليس قطع[٢] الحلقوم إذن أمراً متعيناً في مشروعية التذكية، في المشهور من المذهب الحنفي؛ إذ يُكتفى بالثلاثة الأخرى دونه، وما دام قطع «الحلقوم» ليس أمراً متعيناً في التذكية الشرعية على المفتى به، لم يجب بالتالي قطع الجوزة (جوزة الحلقوم) لأنها لا تقطع إلا إذا قطع الحلقوم؛ إذ هي ملتصقة به، بل هي في أعلاه، ولهذا لو اشترطوا قطع الجوزة[٣] للزم قطع الحلقوم، وهم لا يشترطون ذلك، كما علمت.

ب ـ وذهب المالكية[٤] إلى أن ما حيزت «جوزتها» بالذبح إلى البدن، هي «الغلصمة» وهذه محرمة لا تؤكل، فيشترط ـ لتحل ـ أن تقطع الجوزة نصفين: نصفها إلى جهة الرأس، ونصفها الآخر إلى جهة البدن؛ لأن قطع «الجوزة» على هذا النحو شرط في «شرعية الذكاة» في مذهبهم.

وقدمنا أن «المالكية» يكتفون بقطع ثلاثة عروق على التعيين: قطع الحلقوم كله، ولا يتم إلّا بقطع الجوزة نصفين[٥]، وقطع الودجين: لإنهار الدم، كحد أدنى.

وأما قطع المريء، فذلك مستحب في فقه المالكية[٦]، وليس أمراً واجباً.

---

(١) «الحلق» ويسمى «الحلقوم».

(٢) «البدائع»: (٥/ ٤١)، و«بداية المجتهد»: (١/ ٤٤٦ وما يليها)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٥/ ٢٩٦)، و«رد المحتار»: (٥/ ٢٠٧). «الجوزة» هي العقدة التي في أعلى الحلق. هذا، وقد روى الحديث الدارقطني، وفيه مقال.

(٣) عبر بالقطع ـ كما ذكرنا ـ احترازاً عن الشق؛ لأنه لا يجزئ إجماعاً.

(٤) «الشرح الكبير»: (٢/ ٩٩)، و«بداية المجتهد»: (١/ ٤٤٤ وما يليها).

(٥) جوزة الحلقوم، وهي العقدة في أعلى الحلق.

(٦) المرجع السابق.

وجهة نظر الفقه الإمامي في تحديد محل الذبح[١]:

يذهب الفقه الإمامي إلى تحكيم العلم، والخبرة، في هذه المسألة، أو العلم بالواقع المشاهد، فإن كان أهل الخبرة يقررون أنه لا بد من قطع الجوزة، وصولاً إلى قطع العروق الأربعة جميعاً، استتماماً للتذكية، وجب ذلك؛ لأن ما لا يتم الواجب إلّا به، فهو واجب.

وعلى هذا، فما تقرره الخبرة، فهو الذي يجب اتباعه، في مذهب الإمامية[٢].

وكذلك إن قررت الخبرة أنه لا بد أن تكون «الجوزة» إلى جهة الرأس، بتمامها، حتى تقطع العروق الأربعة.

وأيضاً، يجب العلم بالواقع المشاهد من الذبح، فإن حصل العلم بقطعها بتمامها، حلَّت، وإلّا فلا[٣]؛ لأن المدار في حلية الذبيحة على قطع الأوداج الأربعة كافة، ولذا كان ذلك القطع هو الواجب في مذهبهم[٤]، مع استيعاب قطع هذه الأوداج.

هذا، والجمهور يرى ـ مع المالكية ـ أنه لا بد أن يبقى من الجوزة تدويرتان كاملتان: إحداهما من أعلى، والثانية من أسفل، وإلّا لم تحل الذبيحة؛ لأنه حينئذ ليس «ذبحاً» بل مزعاً، وفرق بينهما، والمطلوب شرعاً «التذكية» لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ وهو الذبح على النحو الذي فصلنا.

---

(١) جاء في «تحرير الوسيلة» للإمام الخميني (٢/١٢٩) ما نصه: «محل الذبح في الحلق، تحت اللحيين على نحو يقطع به الأوداج الأربعة، واللازم وقوعه تحت العقدة، المسماة في لسان أهل هذا الزمان بالجوزة، وجعلها في الرأس دون الجثة والبدن، بناء على ما يدعى من تعلق الحلقوم أو الأعضاء الأربعة بتلك العقدة، وعلى وجه لو لم تبق في الرأس بتمامها، ولم يقع الذبح من تحتها، لما تقطع الأوداج بتمامها، وهذا أمر يعرفه أهل الخبرة، فإن كان الأمر كذلك، أو لم يحصل العلم بقطعها بتمامها، بدون ذلك، فاللازم مراعاته».

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

فمنشأ الاختلاف ـ كما ترى ـ تحديد مفهوم الذبح شرعاً، فمنهم من ذهب إلى أن الذبح موضعه ما بين الحلق واللبة، ولو لم يصادف الجوزة، والآخرون ذهبوا إلى أنه إن جاوزها، فذلك مزع لا ذبح، ومن ثم فلا يحل.

حكم إبانة رأس الحيوان بالذبح (قطع النخاع الشوكي):

هذا، ولو أبان رأس الحيان المأكول بالذبح، أو بسيف، أبيح مطلقاً، في مذهب الحنابلة، خلافاً للمالكية، أخذاً بفتوى الإمام علي ـ كرم الله وجهه ـ وعمران بن حصين بأكله[١]، وهذا يستلزم قطع النخاع الشوكي[٢].

ويؤخذ من هذا، أن إبانة الرأس، بقطعه بآلة حادة، وفورية فائقة، جائز في بعض المذاهب الإسلامية، كما ترى.

وكذلك الذبح من «الخلف» جائز في أكثر المذاهب الإسلامية ـ كما أسلفنا ـ شريطة أن لا يأتي على مقتل من مقاتله، فيموت قبل الذبح، فإن الذبيحة في مثل هذه الحال لا تحل إجماعاً؛ لأن موت الحيوان منسوب إلى القتل، لا إلى الذبح، فكان ميتة.

وجهة نظر المالكية: أن الذبيحة إذا نخعت (قطع نخاعها الشوكي) لا تؤكل؛ لأن القاطع للعروق (الأوداج) من «القفا» لا يصل إليها إلّا بعد قطع النخاع الشوكي، وهو مقتل من المقاتل، فيكون قد قتل الذبيحة وأماتها قبل ذبحها، والحيوان الذي أصيب في مقتل من مقاتله قبل الذبح، ميتة؛ لأن موته بسبب القتل، لا بسبب الذبح الذي هو السبب الموصل إلى الحل شرعاً ـ كما علمت ـ فإن تفسير رأي المالكية هذا أنه سدٌّ للذريعة، كما أسلفنا.

أما جمهور الفقهاء ـ ما عدا الحنابلة والمالكية ـ فذهبوا إلى أنه مكروه[٣] من قِبَلِ

---

(١) «كشاف القناع» للبهوتي: (٦/ ٢٠٥ وما يليها)، و«الشرح الكبير»: (٢/ ١٠٧).

(٢) يقال: نخع الذبيحة، أي: قطع نخاعها الشوكي، وهو الخيط الأبيض الممتد معظم الرقبة حتى الظهر.

(٣) المقاتل عند المالكية خمسة: ١) قطع النخاع (الشوكي) وهو الخيط الأبيض الذي يبدأ من العنق ويسير في سلسلة الظهر حتى أسفلها، أي: خلف العنق والظهر، ويطلقون عليه لفظ المُخّ أيضاً. ٢) بتر =

أن الذبح من القفا، أو من صفحة العنق، فيه تعذيب للحيوان، وهو معصية، غير أن المعصية قد تجتمع مع المشروعية، ومع الكراهة أيضاً من باب أولى، ولا تقتضي التحريم المطلق، ألا ترى أن البيع وقت النداء معصية، لمكان النهي، ولكن إذا صلى الجمعة، كانت مجزئة وصحيحة، فالمشروعية قد تجامع المعصية ـ كما ترى ـ لانفكاك الجهة، ولا تناقض.

والجواب عن هذا أن البيع شيء مجاور للصلاة، وليس جزءاً من ماهيتها، أو حقيقتها، فلم تكن المعصية متمكنة فيها، وما نحن فيه من الذكاة وموضعها ليس كذلك، فهما أمران متلازمان، لا ينفك أحدهما عن الآخر؛ إذ لا يتصور الذبح بدون موضع أو محل، ولكن يمكن أن نتصور صلاة الجمعة دون بيع، فافترقا، فكانت المعصية متمكنة في حقيقة الذبح وماهيته، فلا يحل الذبيح.

وجهة نظر الفقه الإمامي في الذبح من «القفا»:

لا يُجيز الفقه الإمامي الذبح من «القفا» مطلقاً، حتى ولو أسرع في الذبح، فقطع العروق قبل زهوق الروح، فهو مع «المالكية» سدًّا للذريعة، فالذبيحة إذا نخعت من القفا، حرمت مطلقاً، حتى ولو كان موتها بسبب الذبح، تأكيداً لاشتراط الذبح من الأمام، مراعاة للمعنى التعبدي في الذبح، ويؤكد هذا اشتراطهم قطع الأوداج الأربعة جميعاً، شرطاً في الحل.

جاء في «تحرير الوسيلة» ما نصه: «يشترط أن يكون الذبح من القدام، فلو ذبح من القفا وأسرع إلى قطع ما يعتبر قطعه من الأوداج، قبل خروج الروح[١]، حرمت»[٢].

= الدماغ الذي في الجمجمة، فإذا انشدخ الرأس دون نثر الدماغ فلا بأس به. ٣) نثر الحشو، وهو الذي يحويه البطن من الأمعاء، والكبد والطحال، وأما شق البطن دون ظهور الحشو، فلا يضير. ٤) فري الودج، وهو إبانة بعض عن بعض. ٥) ثقب مصير لا مجرد شقه.

(١) قوله: «قبل خروج الروح» أي: ولو لم تمت من النخع، بتهتك النخاع الشوكي، بل بقيت الروح فيها، حتى أزهقت بالذبح، وقطع الأوداج الأربعة، وهذا نظر إلى الذبح على أنه أمر تعبدي، يجب الالتزام فيه بالجهة، ولو تحققت التذكية شرعاً.

(٢) «تحرير الوسيلة»: (٢/ ١٣٠).

وهذا نظر إلى «التذكية» على أنها أمر تعبدي، فيجب الالتزام بالجهة، شرطاً في الحل، ولو تحققت التذكية شرعاً، والجمهور ذهب إلى التفصيل الذي بينا.

هذا، والراجح عندي أن الذبح من القفا جائز شرعاً، بشرطين:

الأول: بالسرعة الفائقة، ومن هنا اشترط بعض الفقهاء «الفورية» في الذبح.

الثاني: عدم نفوذ أي مقتل من مقاتله قبل الذبح، وذلك ممكن أن يتصور في الآلات الحديثة التي تقطع الرأس في ثوان معدودات، وبسرعة مذهلة، وهو رأي الجمهور الذي قال به في عصر كانت الآلات المستخدمة فيه عادية بدائية لا ترتقي من حيث الفاعلية والأثر والسرعة إلى كفاءة الآلات الحديثة المستخدمة على النحو الذي نراه اليوم، فكان ذلك جائزاً من باب أولى.

وهكذا نرى أن «المالكية» قد سدوا الذريعة بمؤيد تشريعي، هو «التحريم والمنع»، بينما الجمهور، قد سد الذريعة بشرط الفورية، ونميل إلى رأي الجمهور الذي احتاط باشتراطه هذا الشرط الذي ينطبق بوجه قوي على ما تنتجه اليوم المصانع الآلية الضخمة[1]، دون أي معارضة لتعاليم الإسلام.

٤ ـ الفورية:

ذهب الجمهور إلى أن «الفورية» أو الإسراع في الذبح، وإزهاق الروح، شرط في الحلية، فإن رفع يده قبل تمام الذبح، ثم أعادها فوراً، تؤكل الذبيحة، فإن تباعد ذلك، لم تؤكل، واستندوا في اجتهادهم هذا إلى أن «الذكاة» طرأت على «منفوذة المقاتل» أي: التي «نفذ فيها أثر القتل قبل كمال الذبح» فصارت ميؤوسة، أو مقطوعاً بموتها[2] الطارئ، قبل تمام الذبح، فلا تحل.

وقال الحنفية والشافعية: يُستحب «الإسراع» وسموه «التذفيف» في قطع الأوداج

---

(١) وابن الماجشون مالكي، وخالف مذهب إمامه، وقال بالتحريم إن تعمد قطع النخاع، وتحل إن قطعه جاهلاً أو ساهياً. «بداية المجتهد»: (١/٤٤٦ وما يليها).

(٢) المراجع السابقة.

للحديث: «**وليرح ذبيحته**»[١] والإسراع نوع من أسباب إراحة الذبيحة[٢].

غير أن ابن رشد يفصِّل في حالات الرفع، والإعادة، حسب الغرض الذي ينشده المذكي، فإن رفع يده للاختبار والتحري، هل تمت الذكاة أم لا؟ فأعادها على الفور، فإن تبين أنها لم تتم، أكلت، وهو المعنى الذي حُمل عليه رأي سحنون من المالكية، بمعنى أنه إن رفع يده وهو يظن أنَّ الذكاة قد تمت، فتبين له أن هذا الظن فاسد، أو كان وهماً، فأعاد يده ليتم الذكاة، أنها تؤكل[٣].

مذهب الإمامية في الفورية والتتابع، والعرف محكَّم:

هذا، وذهب الإمامية إلى أنه يجب الذبح في فور واحد، وبالتتابع، دون فصل يعتد به عرفاً، وذلك بقطع الأوداج الأربعة جميعاً قبل زهوق الروح، مرة واحدة، فلو قطع بعضها، وأرسل الذبيحة حتى انتهت إلى الموت، ثم قطع الباقي حرمت؛ لأنه ذبح في مرتين، ويعد في العرف عملين.

وتعليل ذلك ظاهر، وهو أن كمال الذبح لم يتم، بل جاء بعضه قبل الموت، وبعضه بعد الموت، فلم تتحقق حقيقة الذبح كاملة، ومعلوم أن حكم الحل منوط بكمال الذبح، لا ببعضه؛ لأن من معنى «التذكية» التمام.

غير أن الفقه الإمامي يوجب «الاحتياط» في الذبح أيضاً؛ لأن الاحتياط أصل عام، يجب أن يلتزم الشريعة؛ لأنها قائمة على الاحتياط والحزم، والتحري، فيرى أنه

---

(١) أخرجه مسلم: ٥٠٥٥، وأحمد: ١٧١١٣، من حديث شداد بن أوس.

(٢) «رد المحتار»: (٥/ ٢٠٧)، و«الشرح الكبير»: (٢/ ٩٩ ـ ١٠٧)، و«تبيين الحقائق»: (٥/ ٢٩٦)، و«مغني المحتاج»: (٤/ ٢٠٧ وما يليها)، و«بداية المجتهد»: (١/ ٤٤٦ ـ ٤٤٧)، وفي هذا المعنى يقول ابن رشد: «هل من شرط الذكاة أن تكون في فور واحد؟ فإن المذهب المالكي ـ لا يختلف أن ذلك من شرط الذكاة، وأنه إذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم أعادها، أن ذلك لا يجوز». المرجع السابق.

(٣) وتعليل ذلك، أن الأول وقع عن ظن أو شك، أو وهم، وهذا عن اعتقاد ظنه يقيناً، وهذا مبني على أن شرط الذكاة قطع أعضاء الذكاة كافة، فإذا رفع يده قبل أن تستتم كانت منفوذة المقاتل غير مذكاة، فلا تؤثر فيها العودة «لأنها بمنزلة ذكاة طرأت على منفوذة المقاتل». «بداية المجتهد»: (١/ ٤٤٦ ـ ٤٤٧).

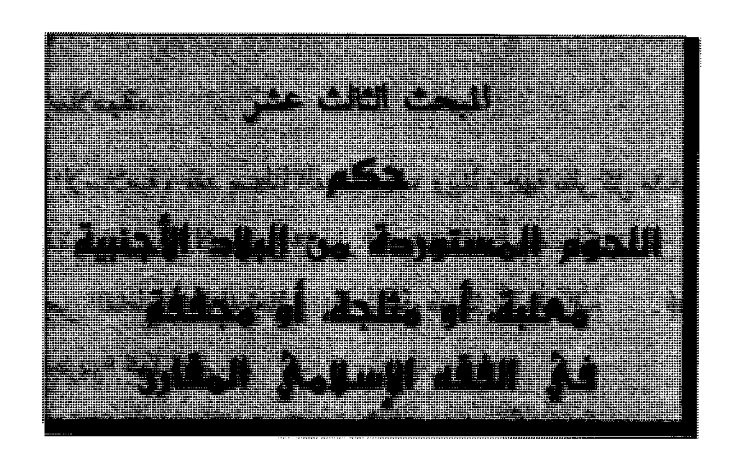
لا يجوز أن يفصل بين العروق من حيث قطعها، بما يخرج عن المتعارف وما تقضي به العادة، بل يتابع احتياطاً، حتى يُعد الذبح عملاً واحداً، عرفاً.

أما إذا عُد الذبح بالفصل عملين في العرف والعادة، وإن استوفى تمام الذبح قبل زهوق الروح، فلا يحل، تأكيداً للموالاة والتتابع، والفورية.

هذا ما يوجبه الاحتياط لتحقيق معنى التعبد في الذبح من جهة، وإبعاداً عن التسبب في تعذيب الحيوان[1] من جهة أخرى.



(١) جاء في «تحرير الوسيلة» ما نصه: «يجب التتابع في الذبح، بأن يستوفي قطع الأعضاء قبل زهوق الروح، فلو قطع بعضها، وأرسل الذبيحة حتى انتهت إلى الموت، ثم قطع الباقي، حرمت، بل لا يترك الاحتياط، بأن لا يفصل بينها بما يخرج عن المتعارف، ولا يعد عملاً واحداً عرفاً، بل يعد عملين، وإن استوفى التمام قبل خروج الروح منها».
ويفهم من هذا ـ كما قدمنا في المتن ـ أن الفقه الإمامي يعتد بالذبح الكامل عملاً واحداً، ولا يعتد به عملين منفصلين بمقتضى العرف، ولو قبل زهوق الروح، احتياطاً، كيلا تتعدد عملية الذبح ويعاني الحيوان من ذلك الألم والتعذيب؛ لأنه معصية. المرجع السابق: (٢/ ١٣٠) مسألة ٧.
هذا، ومما يؤكد معنى «التعبد» في الذبح كالصلاة، في الفقه الإسلامي، أنه يوجب استقبال القبلة بالذبيحة، فلو ترك ذلك عمداً حرمت، ولو استوفى كمال الذبح الشرعي. المرجع السابق: (٢/ ١٣١) مسألة١١.



بسطنا القول آنفاً في الطريق أو السبب الموصل إلى حل الحيوان البري المذكّى، ما كان منه مستأنساً، أو متوحشاً بالطبع، أو غير مقدور على ذبحه في محل الذبح، وأوردنا تفصيل أحكام «الذكاة الشرعية» التي هي الأصل، وأحكام «الصيد» التي هي «الاستثناء»، ونبحث فيما يلي ـ اجتهاداً بالرأي ـ أحكام اللحوم المستوردة في الفقه الإسلامي المقارن، لأمرين:

الأول: أن الفقهاء القدامى لم يبحثوا هذا الموضوع أصلاً؛ لأنه لم يكن واقعاً في عصرهم، فكان لا بد من الاجتهاد بالرأي على ضوء ما تقرر في هذا التشريع الإلهي من مبادئ وأحكام، لتطور وسائل ذبح الحيوان، وإماتته، بغية تحصيل لحمه للطعام، وهي وسائل فنية متطورة ذات قدرة فائقة على الإنتاج الكبير وتصنيعه، وتعليبه، أو تثليجه، أو تجفيفه في المصانع الحديثة.

الثاني: مساس الحاجة إلى معرفة «حكم الشرع» في هذه «اللحوم المستوردة من البلاد الأجنبية» على ضوء الوسائل التي يتخذها كل بلد منها، في ذبح الحيوان، وكيفية الوصول إلى إماتته، وتحصيل لحمه للطعام.

وعلى هذا، فسنتناول «طرق الذبح في البلاد الأجنبية» وفي مقدمتها «البلاد

الأوروبية» والطريقة الإسلامية في الذبح، على النحو الذي بينا آنفاً، ثم نعقد المقارنة بينهما، للخروج بنتيجة علمية، لهذه المقارنة.

١ ـ الطريقة الإسلامية:

أما الطريقة الإسلامية، فقد بسطنا القول فيها، وبينا وجهة نظر كل مذهب من المذاهب الفقهية، وقد اتفقوا على أنه لا بد من «إنهار الدم» تخلصاً منه، لكونه من «الخبائث» ولذا كان تحريمه بالنص القاطع، بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ . . .﴾ [المائدة: ٣] أي: بصريح لفظ «التحريم» كما ترى.

وعلى هذا، فالدم محرم تناوله، سواء أكان مسفوحاً سائلاً، وهذا ما جاء تحريمه في النص الصريح، من مثل قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا . . .﴾ [الأنعام: ١٤٥] أم كان الدم محتقناً باقياً في جسم الحيوان، لم يجد سبيلاً لأن يتدفق، أو يتفجر، أو يسيل من العروق، أو لم يتم فريها ـ على تعبير المشرع ـ حتى ينفصل الدم عن اللحم، كما هي الحال في الحيوان المنخنق، أو الميت حتف أنفه، أو الميت بسبب آخر، سوى الذبح أو النحر، من التردي من شاهق، أو في منحدر، أو كان أكيل سبع ومات، أو غير ذلك من أسباب الموت وصوره التي لا يتم فيها خروج الدم، وسيلانه، بدليل تعليق حل الحيوان بالتذكية في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] على ما فصلنا، فدل على أن «التذكية» التي بينا الطرق التي تتم بها هي «علة» حكم حل الحيوان المذكى بها، في المذاهب الإسلامية كافة، مع اختلاف يسير في العدد، والصفة، والموضع.

شروط الذبح على الطريقة الإسلامية:

اتفق الفقهاء على ثلاثة منها، واختلفوا في الشرط الرابع، وهي كما يلي:

الأول: أن يكون الذبح على الطريقة الإسلامية، صفة، وعدداً، ومحلًّا[1]، وقد تقدم ذلك كله في تعريف الذبح شرعاً.

---

(١) «المجموع شرح المهذب»: (٩/ ٨٠).

الثاني: أن يكون الحيوان المذبوح «مأكول اللحم» وليس مما حرمه الله بحيث لا يؤثر الذبح في الحل.

الثالث: ألّا يذكر اسم غير الله عليه، من الأوثان، والأصنام، لصريح النص القرآني في قوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ [المائدة: ٣].

الرابع: «وجوب التسمية» عند الذبح، أي: «ذكر اسم الله عليه» وهو شرط مختلف في وجوبه، فبعضهم ذهب إلى أن «التسمية» عند الذبح «واجبة» وآخرون ذهبوا إلى أنها «مشروعة» لا واجبة، أي: «سنة مؤكدة»[(١)].

وقد بسطنا القول في ذلك كله آنفاً، وفي بحث «الصيد» مع الأدلة، والمقارنة بين المذاهب، فارجع إليه إن شئت.

وعلى هذا، فإذا اختل شرط من هذه الشروط الواجبة، أو تخلّف، فلا يحل الذبيح، أيًا كان الذابح، مسلماً أو كتابيًا.

وتطبيقاً لذلك، فإن «اللحوم المستوردة من البلاد الأجنبية» إذا ثبت أنها من لحوم حيوانات محرمة في الإسلام، لا يحل تناولها بحال، إلّا عند الضرورة.

هذا، ولا يقال: إن قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥] عام، والنص بعمومه شامل لكل أنواع اللحوم التي يقدمونها إلينا، أو يصدرونها، لا يقال هذا؛ لأن النص وإن كان ظاهره العموم، غير أنه مقيد بالنصوص القاطعة في تحريم أنواع من الحيوان، كالخنزير، والمنخنقة، والموقوذة، وما إليها؛ لأن نصوص القرآن الكريم يقيد بعضها بعضاً، ويفسر بعضها بعضاً؛ إذ إرادة المشرع واحدة في تشريعه كله، دون تناقض.

هذا، وليس من المعقول، أن يحرم الله تعالى نوعاً من الحيوان لعلة، أو سبب

---

(١) «بداية المجتهد»: (١/ ٤٦٨)، و«الاختيار تعليل المختار»: (٥/ ٩)، و«المحلى»: (٨/ ١٦٥)، و«مطالب أولي النهي»: (٦/ ٣٣٣)، و«الشرح الصغير على أقرب المسالك»: (٧/ ١٧٠)، و«بغية المسالك»: (١/ ٦٦٣)، و«الشرح الصغير»: (٢/ ١٥٨)، و«تحرير الوسيلة» للإمام الخميني: (٢/ ١٢٩ وما يليها)، وممن قال بالوجوب الإمامية على ما سيأتي تفصيله.

يوجب التحريم، بحيث لا تؤثر في حلِّه الذكاة، ثم يحله، إذا قدمه لنا غيرنا؛ لأن مثل هذا «تناقض» لا يقع في الشرع.

وفي هذا المعنى يقول أستاذنا المرحوم الشيخ محمود شلتوت ما نصه: «وإن الناظر في «المعنى» الذي لأجله حرم ما حرم على المؤمنين، وهو الابتعاد عما اتصل به مما ينافي التوحيد، كذكر اسم غير الله، أو الذبح على النُّصب، وعما كان تحريمه لمعنى في نفسه، كالميتة، وما عطف عليها، أن الناظر في هذا لا يرى بُدًّا من الحكم، بأن ذلك التحريم، لا يرفعه، إن كان الحيوان ملكاً لغير المسلم، أو طعاماً له، فإنه لم يُعهد أن يُحَرَّم شيء «لمعنى» على طائفة، ثم يباح لها، إذا كان لغيرها، مع وجود معنى التحريم فيه»[1].

وهذا الحكم شامل للمستورَد من طعام أهل الكتاب، من اللحوم المعلبة، أو المثلجة، أو المجففة، بشرط أن «نعلم» أنها من الحيوانات المحرم أكلها، كما يشمل غير المستورد، لوحدة العلة.

على أن المقصود بقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾[2] [المائدة: ٥] ذبائحهم[3] بالإجماع.

ونورد فيما يلي فتويين صادرتين عن لجنة الفتوى بالأزهر، ولكن في عهدين مختلفين:

أولاهما: وهي مبنية على رأي الجمهور، ومؤداها: «أن اللحوم المستوردة من بلاد أهل الكتاب: «حلال أكلها»، «ما لم يعلم» أنهم سموا عليها اسم غير الله تعالى، أو ذبحت بغير الذكاة الشرعية، وما لم يعلم أيضاً أنها من الخنزير، أو الميتة، أو المنخنقة، بفعل من الحيوان نفسه، أو مخنوقة بفعل الآدمي، أو ما

(١) «تفسير القرآن الكريم» للشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر سابقاً، ورئيس لجنة «التقريب بين المذاهب» في القاهرة ص٣٠٣ ـ ٣٠٤، ط دار العلم، القاهرة.

(٢) انظر «القرطبي»: (٦/ ٧٦ وما يليها).

(٣) المرجع السابق.

إلى ذلك من الحيوانات المحرم أكلها على المسلمين التي وردت في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣][1].

فإن هذه الآية الكريمة جاءت حاكمة ومقيدة لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥] لوحدة إرادة المشرع في تشريعه، كما ذكرنا.

الثانية: أن «اللحوم المستوردة حلال أكلها» ـ معلبة، أو مثلجة، أو مجففة ـ «ما لم نتحقق أنها من المحرم لذاته، وهي الحيوانات التي نصت عليها آية التحريم السابقة، وكل ما وراء ذلك حلال، وإن تحققنا (علمنا) أنه قد أُهل لغير الله، أو لم يذك بالذكاة الشرعية»[2].

هذا، والذي يبدو لنا أن الفتوى الأولى هي الراجحة، رفعاً «للتناقض» في التشريع ـ على ما أشرنا ـ إذ ليس لاختلاف مالك الحيوان من أثر على التحريم، ليرفعه، ما دام «المعنى» الذي من أجله حرم، متحققاً فيه؛ إذ لا علاقة «للمالك» وتغيره في «الحرمة»، وإنما الحرمة حكم الله تعالى المبني أصلاً على «معنى» أو «علة» تستوجب حكم التحريم، ومن المعلوم أصوليًّا أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، فحيثما وجدت العلة وجد الحكم، والعكس صحيح، ولا سيما إذا علمنا أن بعض الحيوان قد حرم تناوله على المسلمين، لمعنى قائم في نفس الحيوان، ولذاته، بقطع النظر عن كون الذابح مسلماً أو غير مسلم، كالخنزير، والميتة، وما إليها.

التحريم الذي يرجع إلى طريقة الذبح، أو الآلة التي تتخذ لذلك:

يجري الذبح في أوروبا بقطع الرقبة بكاملها عادة، وبسرعة فائقة، فإن كان هذا القطع يأتي على العروق الأربعة التي أطلقت الشريعة عليها اسم «الأوداج»، وهي

---

(١) التذكية هي الذبح أو النحر، والاسم: الذكاة، والمذبوح ذكي، ذلك لأن الذبح يطهره، وفي الحديث: «ذكاة الأرض يبسها، يريد طهارتها من النجاسة الرطبة، بمنزلة تذكية الشاة في الإحلال». «النهاية في غريب الحديث»: (١/ ١٦٤).

(٢) «تفسير القرآن» للشيخ محمود شلتوت ص٣٠٣ وما يليها.

«الحلقوم والمريء والودجان» ـ على ما بينا ـ فلا خلاف في حل أكل الحيوان المذبوح بهذه الطريقة، سواء أكان قطع الرقبة من الأمام، أم من الخلف، شريطة أن ينسب موته إلى الذبح، لا إلى نفوذ المقاتل، بمعنى أن يكون قطع الأوداج قد تم قبل نفوذ أي مقتل من مقاتله؛ لأن المقصود الشرعي قد تم، وهو «فري الأوداج» وهي طريقة ناجعة في استنزاف الدم، وأشار الفقهاء إلى هذه الطريقة، ولكن بأدوات الذبح التي كانت معروفة في زمنهم، ونستعرض ـ في هذا المقام ـ آراء الفقهاء في جواز «قطع الرقبة من الخلف» إذا لم تنفذ مقاتله قبل قطع الأوداج الأربعة التي ذكرنا، حتى إذا نفذت مقاتله أو واحد منها قبل قطع العروق، كان «ميتة» فلا يحل حينئذ، ولكن الطريقة الحديثة في قطع رقبة الحيوان ـ لسرعتها الفائقة، وفي ثوان معدودات ـ كفيلة بقطع العروق قبل نفوذ المقاتل، أي: قبل «الموت»، فتنسب الذكاة حينئذ إلى قطع العروق، وهذه هي «الذكاة الشرعية».

أما أن الفقهاء قد نصوا على أن ذبح الحيوان من الخلف جائز، ويحل به الحيوان المذكى، شريطة أن لا تنفذ مقاتله قبل قطع العروق أو واحد منها ـ كما ذكرنا ـ فنورد طرفاً من أقوالهم في المذاهب المختلفة.

يقول الإمام النووي الشافعي: «ولو ذبحه من قفاه عصى، فإن أسرع، فقطع الحلقوم، والمريء، وبه حياة مستقرة، حل، وإلّا فلا»[(١)] وهو مذهب الحنابلة، على ما في «شرح المقنع» لابن قدامة الحنبلي، وهذا هو مذهب الحنفية أيضاً.

جاء في «فتح القدير»: «فإن ذبح الشاة من قفاها، فبقيت حية، حتى قطع العروق، حلّ»[(٢)].

أما «المالكية» فقد خالفوا جمهور العلماء، فذهبوا إلى أن قطع الرقبة من القفا ليس طريقاً أو سبباً موصلاً إلى الحل، فلا تعتبر ذكاة شرعية.

---

(١) «قليوبي وعميرة»: (٤/ ٢٤٢). نذكر أن الشافعية يرون أن الحد الأدنى للذبح هو قطع الحلقوم والمريء.

(٢) «فتح القدير» للكمال بن الهمام الحنفي: (٨/ ١٧٢).

جاء في «تفسير القرطبي» المالكي ما نصه: «لو ذبحها من القفا، واستوفى القطع، وأنهر الدم، وقطع الحلقوم، والودجين لم تؤكل»[١]، وكذلك جاء في «قوانين الأحكام الشرعية» ـ وهو فقه مالكي ـ: «لا يؤكل ما ذبح من القفا، ولا في صفحة العنق، إذا وصل من ذلك إلى قطع ما يجب في الذكاة»[٢].

وعلى هذا، فالمالكية لا يجيزون الذبح من القفا، ولو تحققت فيه الذكاة الشرعية التي اشترطوا فيها «قطع الحلقوم والودجين» وأنه يكتفى بذلك في الحل كحد أدنى، غير أن «الكيفية» التي يتم فيها هذا القطع ـ أي: من القفا ـ لا يُقِرُّونَهَا، ولعلهم سدوا بذلك ذريعة موت الحيوان بها، قبل قطع أوداجه، ولو أن «المالكية» شاهدوا اليوم الآلات الحديثة في القطع، وسرعته المذهلة، لما اتخذوا هذا الموقف!

هذا، ويتجه على المالكية أن المقصود هو «إنهار الدم» بقطع العروق، وقد تم ذلك على الوجه المشروع، فلم يبق لهم من وجه لمخالفة رأي أو اجتهاد جمهور الفقهاء الذين سدوا الذريعة بالشرط، حيث قالوا: إنه يشترط أن تقطع العروق، وفي الحيوان حياة مستقرة، حتى يكون رفع حياته بالذبح، لا بالموت، أو الخنق، فلم يبق لدى المالكية من دليل يوهنون به أدلة الجمهور، فكان رأي الجمهور هو الراجح في رأينا.

وعلى هذا، فالطريقة الأوربية إذا ثبت أنها تقطع رقبة الحيوان مرة واحدة، وبسرعة فائقة، كلمح البصر، فإن قتل الحيوان ينسب إلى «الذبح» قطعاً، لا إلى الخنق أو الموت، فيحل الأكل منه حينئذ بلا ريب.

طريقة الصعق الكهربائي:

ليس من شك أن «الصعق الكهربائي» لا يدمي الحيوان، ولا يُسيل دمه، وإنما يحدث «صدمة» قد تُحدث بدورها شللاً في الحيوان قبل موته، وهنا، إذا كان الحيوان

(١) «تفسير القرطبي»: (٦/ ٥٤).

(٢) «القوانين الفقهية» لابن جزيّ المالكي ص١٩٤، وراجع في مذهب الحنابلة: «شرح المقنع» لابن قدامة الحنبلي: (٣/ ٥٣٨)، و«المغني»: (٨/ ١٧١).

«نفوراً ممتنعاً، فأصبح بعد الصدمة الكهربائية» هذه مقدوراً عليه، فلا يحل حينئذ إلّا بالذبح اتفاقاً، وفي محله، وبشروطه التي قدمنا؛ لأنه بالصعق الكهربائي قد ارتفع امتناعه ونفوره، فلا يحل إلّا بالذكاة الشرعية التي هي الأصل في الحل.

أما إذا «مات» بالصعق الكهربائي نفسه، فلا يحل، من قِبَلِ أن «الدم» الخبيث المحرَّم، لم يتم فصله عن اللحم، بالصعق، فلا بد من «إنهار الدم ليحل؛ إذ الدم نجس خبيث، محرم تناوله بالنص القاطع، فبقي في جسم الحيوان مختلطاً بلحمه، أو متجمداً، أثراً للصعق، والحديث الشريف صريح في تعليق حل التناول على إنهار الدم: «**ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكل**»» ولا يتم ذلك إلّا بآلة حادة تقطع عروق الحيوان قطعاً حادًّا عميقاً، يستنزف دمه.

الصعق الكهربائي نوع من التدويخ:

إن الصعق الكهربائي المميت طريقة لإماتة الحيوان بصورة سريعة، يهيئ ـ في الوقت نفسه ـ عدداً كبيراً من الحيوان إثر قتله لتصنيع لحمه، من تعليبه، أو تثليجه، أو تجفيفه، وبكميات كبيرة جدًّا في المصانع الضخمة، ولكن هذه الطريقة لا يقرها الشرع إطلاقاً، لسبب بسيط، هو أن «شرط الحل» وهو «إنهار الدم» منتف في هذه الطريقة، بل إن «الدورة الدموية» التي تسارع في نزيف الدم حالة الذبح، تقف (هذه الدورة) عند أول صدمة بالصعق الكهربائي، فلا يتم إنهار الدم الذي هو شرط الحل، كما أشرنا.

هذا، والصعق نوع من «التدويخ» أيضاً، وقد كان قديماً بما يشبه «البلطة» تهوي على رأس الحيوان، فيفقد الوعي، ويُضعف القوى إثر ذلك، وهذه «الطريقة البدائية» كانت تستخدم بالنسبة إلى الحيوان الكبير، كالثور مثلاً، والتدويخ ـ في الواقع ـ خطوة تمهيدية للاقتدار على ذبح الحيوان، وليس التدويخ نفسه هو ذبحه، أو ذكاته.

ومن آلات التدويخ التي تُفقد الحيوان الكبير وعيه، وتوهن قواه «المسدس» للتمكن من ذبح أعداد كبيرة جدًّا من مثل هذا الحيوان، وفي وقت قصير، استجابة لمطلب المصانع الضخمة، لتصنيع لحمه، من التعليب، أو التجفيف، أو التبريد.

وعلى هذا، فالصعق الكهربائي كعملية تدويخ شديد وإماتة، لا يُحل الحيوان شرعاً من حيث إنها طريقة لتحصيل لحمه، وأكله، أي: ليقوم مقام «التذكية الشرعية»، لما قدمنا.

وأما مجرد التدويخ بالآلة الحادة، أو المسدس، أو الصعق الكهربائي بدرجة خفيفة لا تُميت، كخطوة أولى لذبح الحيوان، وإنهار دمه، فهذا جائز، ولا بأس به؛ لأنها طريقة لإضعاف قوى الحيوان، وإنهاكه، لا لقتله، شريطة ألا تحدث فيه شللاً أو تغيراً في طعم لحمه، أو ريحه، أو لونه.

حكم طريقة إماتة الحيوان، والحصول على لحمه للطعام، بغاز ثاني أكسيد الكربون:

أما طريقة إفقاد الحيوان وعيه، بغاز ثاني أكسيد الكربون، مما هو متبع في بعض البلاد الأجنبية ـ على ما سيأتي تفصيله ـ فقد ثبت أنها طريقة تأتي على الحيوان، فتميته خنقاً في الغالب، وإذا غلب جانب التحريم في طريقة ما، لم يحل الحيوان بالطريقة التي تفضي إلى ذلك، فهو الخنق بمادة «كيميائية» والمنخنقة محرمة بصريح النص، أيًّا كانت الوسيلة، ومعلوم أن «الانخناق» أو «الخنق» هو «حقن الدم في العروق» لا إنهاره، وهو سِرُّ تحريم الميتة، والموقوذة، والمتردية، وما إليها.

فثبت ـ بما لا يدع مجالاً للشك ـ أن الذبح أو النحر هو أمثل، وأكفأ طريقة، لفصل الدم عن اللحم، ولا يتم ذلك إلّا بالآلة الحادة التي تقطع العروق التي يتفجر منها الدم، ولذا لا يجيز الإمامية إلّا بالآلة من الحديد، إذا كان ثمة آلات معها من غير الحديد، وأن الدورة الدموية تنشط عند أول عملية الذبح، ويتجه الدم بدورته النشيطة هذه، لينفجر ويشخب من العروق التي قطعت بالذبح أو النحر، قطعاً حادًّا عميقاً وفوريًّا، وهو ما اشترطه الفقهاء، وإن كان اختلافهم منحصراً في الحد الأدنى من الذبح، كما أشرنا.

هل تجب التسمية، شرطاً في حل ذبيحة الكتابي، ولا سيما إذا كان أجنبيًّا، يصدِّرها إلى بلادنا؟

لم تتفق كلمة الفقهاء في هذه المسألة.

فالمالكية يرون أن «الكتابي» إذا سمى على ذبيحته اسم غير الله، تبركاً، لا تأليهاً، لم تكن ذبيحته محرمة، بل مكروهة[١].

وذهب عطاء، ومكحول، والزهري، وربيعة، والشعبي، إلى أنه يجوز لنا أكل ذبيحة الكتابي، ولو ذكر اسم غير الله تعالى عليها!

ودليل هذا الرأي هو «إطلاق النص» في قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمۡ﴾ [المائدة: ٥] والمطلق يُجرى على إطلاقه.

غير أن هذا وذاك، مردود بقوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾ [المائدة: ٣] فآية الحل مقيدة بهذه الأخيرة كما ذكرنا، ويقدم هذا تأكيداً لوحدة منطق التشريع، عقيدة، وعبادة، ومعاملة.

وعلى هذا، فالشرط «ألَّا يذكر اسم غير الله تعالى» وهذا معنى يتصل بعقيدة التوحيد الخالص، أو هو مشتق منها، ومحكوم بها، وبذلك يتسق التشريع الإلهي، عقيدة، وعبادة، ومعاملة، يسلكه نظام عقائدي واحد، كما أشرنا.

أما «عدم ذكر اسم الله تعالى» على الذبيحة، فهو موقف عقائدي «سلبي» ولكنه يختلف عن الموقف العقائدي «الإيجابي» بالبداهة؛ لأن مؤدى هذا الأخير «ذكر اسم غير الله تعالى» مما يوحي بالوثنية، أو الإشراك، وقد فصلنا القول فيه، مع استعراض الأدلة، فلا نعيده هنا.

مدى اتساق الذبح على الطريقة الإسلامية مع علم وظائف الأعضاء (فسيولوجيا):

مما لا ريب فيه ـ بالنظر إلى «علم وظائف الأعضاء» ـ أن «عملية الذبح» بقطع الأوداج (العروق) أو أكثرها، تُحدث «صدمة نزيفية دموية»، من خلالها يتدفق الدم في الجسم إلى «دورة دموية» يتدفق عن طريق تلك العروق المقطوعة بالذبح، من الودجين، والحلقوم، والمريء إلى خارج الجسم، في غير إيلام، وهي الطريقة

---

(١) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (٢/ ١٠١).

الطبيعية المثلى التي يمكن أن يحصل الإنسان من خلالها على اللحم المستخلص من الدم، واللحم إذا خلص من الدم الخبيث المفعم «بالميكروب» والجراثيم الضارة الفتاكة، صار «طيباً» لذيذ المذاق والطعم، شهيًّاً، شريطة أن يخلص تماماً من خبث الدم، منذ أول القطع (الذبح) حتى ينزف الدم كله، من خلال العروق المقطوعة، ويتوقف قلب الذبيح، ويموت أثراً للذبح، واستنزاف الدم.

افتراق طريقة الذبح الإسلامية، عن طريقة تدويخ الحيوان:

إذا كان من المؤكد أن طريقة الذبح الحيوانية على الطريقة الإسلامية التي بيَّنّا، هي الكفيلة باستنزاف دم الحيوان، واستصفائه، لمكان الخبث فيه، وهي «الأكثر كفاءة» من حيث تخليص لحم الحيوان مما يخالطه من الدم المحرم، إلّا ما عسر تخليصه منه عادة، فيتسامح فيه، رفعاً للحرج عن الناس، أقول: إذا كان الأمر كذلك، فإن موت الحيوان بالذبح يغدو أمراً غير مشكوك فيه؛ إذ لا يمكن أن يضاف موته إلى غير الذبح في هذه الحال، وعلى خلاف ذلك «التدويخ».

وبيان ذلك: أن «التدويخ» عملية قد درجت عليها الدول الغربية بوجه خاص، كما ذكرنا، وأغلب الظن أنها مأخوذة عن «الرومان الوثنيين» وليست طريقة مسيحية؛ لأنا لم نجد في «الإنجيل» ولا فيما قبله نصًّا ينهض بهذه الطريقة، بل وجدنا أن «الدم» محرم أكله عند الموسويين.

على أن كثيراً من العادات والتقاليد التي تجري في دول الغرب خاصة، حتى أيامنا هذه، هي «رومانية الأصول» وليست «مسيحية المنبت». ومكان الشك في «كفاءة» طريقة «التدويخ بالصعق» أو «بالمسدس» أو «البلطة» ـ والطريقتان للتدويخ، غير أن الأولى حديثة والثانية قديمة ـ أقول: مكان الشك في طريقة «التدويخ» أن إضافة الموت إليه غير متيقنة، بل إن إدماء الحيوان «بالتدويخ» ليس أمراً مكفولاً؛ إذ من المحتمل جدًّا أن يكون «موت الحيوان» لا بالإدماء، والاستنزاف، بل «بالسكتة القلبية» وحينئذ لا يتم «فصل الدم الخبيث عن اللحم الطيب الطاهر» وهو «الحكمة الإلهية» من شريعة الذبح، حتى إذا كان هذا محتملاً ـ بل ومحتملاً جدًّا ـ انتفى أن

يكون ثمة تيقن بالحِلِّ من خلال هذه الطريقة «التدويخ» فكانت «طريقة الذبح الإسلامية» أظهر، وأنقى، وأكفأ في الإدماء أو الاستنزاف، وأقل إيلاماً للحيوان الذبيح، فضلاً عما أثبته علم وظائف الأعضاء (الفسيولوجيا)، من كفاءتها، وملاءمتها، كما قدمنا.

أضف إلى ذلك أن «التدويخ» يطول أمد النزيف فيه، بخلاف «الذبح»؛ فالنزيف يحصل بغزارة عند قطع أول عرق من عروق الحيوان المنصوص عليها في السنة الصحيحة الثابتة، كما هو مشاهد.

هذا، وليس من المستبعد ـ كما يقول علماء وظائف الأعضاء ـ أن يحدث عقب «التدويخ» مباشرة «صدمة عصبية» لا «صدمة دموية نزيفية»، فيرتكس الدم في الجسم، ويتوقف، ويفقد بذلك «دورته الدموية» التي عن طريقها ينزف من خلال العروق، فيما لو تم قطعها عن طريق الذبح الإسلامي، ومعلوم أن فقدان الدم دورته هو توقف منه، وجمود في العروق، واحتقان، وهو على العكس تماماً من «طريقة الذبح الإسلامية» التي تجتذبه إلى «الدورة الدموية» ـ كما أسلفنا ـ فيتمكن الدم حينئذ من التدفق والنزيف (الإدماء) من خلال العروق المقطوعة، أو المذبوحة، وهذا أمر على غاية من الأهمية التي تتصل بالحكمة الغائية من أصل مشروعية الذبح في الإسلام.

وعلى هذا، فينبغي التمييز دوماً بين «الصدمة العصبية» نتيجة للتدويخ، ولا سيما غير المتحكم فيه، وبين «الصدمة النزيفية» أثراً للذبح على الطريقة الإسلامية، نظراً إلى أيهما الأنجع والأكفأ في تخليص اللحم الطيب من الدم الخبيث من جهة، والأقل إيلاماً للحيوان الذبيح، من جهة أخرى، والأعمق اعتقاداً بالله تعالى، ووحدانيته، من جهة ثالثة.

عَوْدٌ إلى تحرير حكم استعمال غاز ثاني أكسيد الكربون، في عملية التدويخ:

أشرنا آنفاً إلى أن «التدويخ» مفقد للوعي الحقيقي للحيوان، على النحو الذي نراه بالبلطة، أو المسدس ونحوهما، غير أن استعمال المسدس ونحوه في «التدويخ» كآلة

مستحدثة، ولقتل أكبر عدد ممكن من الحيوانات في أقصر وقت، إنما يتم ذلك من أجل إمداد المصانع الضخمة لتعليب لحم الحيوان، أو تجفيفه، أو تثليجه، غير أن بعض هذه المصانع، وفي كثير من بلاد الغرب، قد أخذت تستخدم «غاز ثاني أكسيد الكربون» للتدويخ كما بينا، وهو أسلوب مستحدث قد ابتكرته «الكيميائيات الحديثة»، بدلاً عن «المسدس» أو «البلطة» التي هي أداة بدائية قديمة، أو «المطرقة» الضخمة، على ما فيها من إحداث الألم الشديد، وإفقاد الوعي الحقيقي للحيوان، وكلها أدوات متحدة «الغرض» ولكنها مختلفة من حيث التطوير التقني.

هذا، ومن الملاحظ ـ على ما يراه الخبراء والكيميائيون ـ أن استعمال «غاز ثاني أكسيد الكربون» في «التدويخ» من شأنه أن يؤدي إلى «الاختناق» غالباً، وهو «اختناق كيميائي» حديث، فقد ظُنَّ أنه يُحدث «تدويخاً» يفقد الوعي، ولكنه «خنق» على كل حال، والله تعالى قد حرم «المنخنقة» من تلقاء نفسها، أو بفعل «الغازات الكيميائية» أو بأي سبب آخر يؤدي إلى «الخنق» أو «الاختناق» لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ . . .﴾ الآية [المائدة: ٣] فانقلب «التدويخ» انخناقاً كيميائيًا، فكان ذلك سبباً في «تحريم الحيوان» بصريح النص؛ لأن «الموت» في هذه الحال لم يكن باستنزاف الدم وإنهاره، بل كان بانحباسه في جسم الحيوان، أو احتقانه، وهو ـ كما ترى ـ على النقيض من مقصد الشارع، وكل ما ناقض الشارع في شرعه فهو باطل، للمناقضة، فهذا الأسلوب الحديث في «التدويخ» من شأنه أن يجعل الموت مضافاً إلى الانخناق، وليس إلى استنزاف الدم، وهو سبب التحريم بالنص الصريح.

على أن «الخنق» بأي سبب كان، من وجهة النظر الإنسانية أسلوب مقيت، فكيف إذا أضيف مقته إلى الشرع؟

الفرق بين إفقاد الوعي الحقيقي، وبين إفقاد الشعور بالألم، وأيُّهما يجيء أثراً للطريقة الإسلامية في الذبح؟

ذكرنا آنفاً أن «إفقاد الوعي» الحقيقي يتم بالتدويخ، أيًّا كانت الآلة المستخدمة له، بدائية كانت أم حديثة، فالمؤدى واحد، وإن كان الخلاف فيما بينها في السرعة.. فالآلة الحديثة أسرع تدويخاً، وتنتظم أكبر عدد من الحيوانات، وأسرع استجابة لحاجات ومطالب المصانع الكبيرة، بخلاف البدائية القديمة، كالشاكوش، والبلطة، وما إليها.

غير أن «الطريقة الإسلامية» في الذبح، لا تُفقد الوعي، بل تُفقد الشعور بالألم، وفرق بينهما؛ إذ «فقدان الوعي» قد يُعقب «السكتة القلبية» ـ كما ذكرنا ـ فيبقى الدم الخبيث ساكناً، أو محتقناً في شرايينه، وحينئذ لا تتحقق «الحكمة الغائية» من مشروعية الذبح، وهي استخلاص «اللحم الطيب» من الدم «الخبيث» فكانت لذلك طريقة غير صحيحة أولاً، فضلاً عما تورث من ألم شديد للحيوان، وكفاها إيلاماً أنها تُسكت القلب فجأة، وتمنع الدم من دورته الدموية، فلا ينهر الدم من مخارج الشرايين المقطوعة بالذبح، متدفقاً، وهذا «التدفق» أو «إنهار الدم» هو علة حكم الحل شرعاً، بصريح قوله ﷺ: «**ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكل**»[1] بخلاف الطريقة الإسلامية، فإنها تُنهر الدم أولاً، وذلك بما تُحدثه من «الصدمة الدموية النزيفية» التي تجتذب الدم لأن يدور دورته الدموية، ليخرج من الأوردة أو الأوداج المقطوعة بتدفق غزير، وهو المقصود «بإنهار الدم» الذي هو علة حكم الحل في الإسلام، وأيضاً لا يُعقب ألماً شديداً للحيوان، فهي إذن طريقة صحية، فضلاً عن كونها إنسانية».

---

(١) أخرجه البخاري: ٢٤٨٨، ومسلم: ٥٠٩٢، وأحمد: ١٥٨٠٦، من حديث رافع بن خديج. وانظر «نيل الأوطار»: (٨/ ١٤٧ ـ ١٤٨).

الطريقة الإنجليزية في الذبح، وهي أبرع طريقة في نظر الأوروبيين، ما قوامها؟ وما حكمها في الشريعة الإسلامية؟

لا يحصل نزيف الدم بهذه الطريقة الإنجليزية البارعة، ومن ثم فلا تحل الذبيحة شرعاً؛ لأن «الحل» يتعلق بإنهار الدم، على ما روينا، وبيان ذلك:

أن الطريقة الإنجليزية التي زُعم أنها بارعة في الذبح ـ في نظر الأوروبيين كافة ـ هي خرق جدار الصدر بين الضلعين: الرابع والخامس، ومن خلال هذا «الخرق» يُنفخ بمنفاخ أو «كير» فيختنق الحيوان، نتيجة لضغط هواء المنفاخ على الرئتين، وهذا «الاختناق» يحول دون «نزيف الدم» وإنهاره، فلا ينفصل عن لحم الحيوان.

وأرى، أن لا حاجة إلى بيان حكم الشرع في هذه الطريقة التي لا ينفصل فيها الدم الخبيث عن لحم الحيوان بفعل «الاختناق»، فكانت لذلك غير شرعية، فضلاً عن أنها غير صحية، وهو أساس التحريم، ولأن موت الحيوان في مثل هذه الطريقة مضاف إلى «الاختناق» لا إلى «الذبح والتذكية» أو انفصال الدم أو إنهاره، والاختناق صورة من صور الميتة المنصوص عليها في الآية الكريمة التي تلونا آنفاً.

تلك هي الطريقة البارعة في نظر الأوروبيين! ومآلها «الاختناق» المعروف حكمه في التشريع الإسلامي، بكافة مذاهبه.

الصعقة الكهربائية المدوخة تسرع في بداية تعفُّن اللحم، على النحو الذي نراه أسلوباً لإماتة الحيوان في بلاد «الدانمارك».

من الواقع الثابت في بعض البلاد الأوروبية (الدانمارك) أن سكانها قد رفعوا شكواهم إلى الدولة، لتتوقف عن اتخاذ أسلوب «التدويخ الكهربائي» لما يفضي إليه من «تعفن اللحم» و«تغير طعمه» أثراً «للصعقة الكهربائية»، وهذه الشكوى تنطوي على تأييد لطريقة «الذبح الإسلامية» التي تمتاز بكفاءتها، ونجاعتها، لسرعة فصلها للدم، عن طريق قطع «الأوداج» دون إيلام للحيوان يُذكر، ودون «تفاعلات» في الدم واللحم، نتيجة «للصعق الكهربائي» وبقاء الدم المتفاعل في جسم الذبيح، مما يغير لونه،

وطعمه، وريحه، فكانت غير صحية، وقد يؤدي الصعق الكهربائي إلى «الشلل» قبل فقد الوعي الحقيقي، إذا كان خفيفاً[١].

وحتى لو كان ثمة «نزيف» أثراً لاختلاجات الصدمة، فإنه من المستحيل التفريق بين هذا النزيف الناتج عن «الصدمة الكهربائية» وبين النزيف المتسبب عن المرض، فكان نزيفاً أشبه بكونه مرضيًّا، منه أن يكون نزيفاً طبيعيًّا ناشئاً عن الذبح.

وإذا ثبت أن كافة صور «التدويخ» تنتج «صدمة عصبية» تمنع «الدم» من أن يدور دورته الدموية الطبيعية على النحو الذي نراه في «الذبح»، كما تمنعه بالتالي أن يشخب من خلال العروق المقطوعة بالذبح، كانت «طريقة الذبح» الإسلامية هي المثلى، والأكثر نجاعة في إحداث «صدمة دموية نزيفية» وذلك باستخدام «سكين» حادة ونحوها ـ كبيرة أو صغيرة، آلية أو يدوية ـ عميقة القطع، سريعته، استخلاصاً للدم من اللحم، ودون إيلام، فضلاً عن أن «الدم» ـ في هذه الحال ـ لا يتفاعل كيميائيًّا مع أي عامل آخر خارجي، مما يغير طعمه، أو لونه، أو ريحه، وهذا هو المدلول عليه بقوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْۖ قُلۡ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ﴾ [المائدة: ٤].

هذا، ومما يؤكد أن طريقة «الصعق الكهربائي» لا تحلّ الحيوان المصعوق شرعاً ـ لعدم تذكيته وإنهار دمه ـ قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيۡتُمۡ﴾ [المائدة: ٣] والمراد «إلّا ما ذبحتم»[٢] أو أدركتم ذكاته، ومعلوم أن الصعق الكهربائي لا يؤدي وظيفة الذبح الشرعي، ولا ينتهي إلى آثاره، ومن هنا أمكن الحكم على مدى صحة ما ذهب إليه الشيخ محمد رشيد رضا ـ رحمه الله ـ من أن المقصود هو «إزهاق روح الحيوان»[٣] دون تعذيبه.

والحق أن مجرد «إزهاق الروح» مما لا يفيده معنى «التذكية» الكاملة التي تفيد معنى «التطييب» بالذبح لغة، وهو لا يتأتى إلّا بفصل الدم النجس الخبيث المحرم عن

---

(١) المرجع السابق.

(٢) «تفسير القرطبي»: (٦/٦).

(٣) «حكم اللحوم المستوردة» للدكتور محمد عبد القادر أبو فارس ص٤٨ وما يليها.

اللحم الطيب الطاهر، والصعق لا ينتهي بالحيوان المصعوق إلى ذلك، بداهة، فلم تتحقق بالتالي علة حكم الحل شرعاً.

وأيضاً، إن الميتة، والمنخنقة والمخنوقة، والمتردية، والنطيحة، وما أكل السبع، وما إليها، كلها صور للميتة التي أزهقت روحها، وقد يكون من صور هذا «الإزهاق» ما لا تعذيب فيه، ومع ذلك «حرمت» فلم تطرد علة «الإزهاق» هذه، أي: لم يثبت الحكم طرداً، حيث تحققت علته، فانتقضت، وانخرمت في بعض الصور، وهو دليل عدم «العلِّية» إذ من شرط «العلة» ـ أصوليًا ـ أن تكون ثابتة، ومنطقية، طرداً وعكساً، وهنا ليست كذلك، فلم يكن مجرد إزهاق روح الحيوان هو العلة، كما يقول الشيخ محمد رشيد رضا.

وأيضاً: «لا اجتهاد في مورد النص»، ألا ترى أن «العلة» هي «التذكية» وهي منصوص عليها؟ ولأن تعليق الحكم ـ وهو الحل ـ بالمشتق «ذكيتم» يؤذن بِعِلِّيَّة ما منه الاشتقاق (أي: بعلية المصدر، وهو التذكية) والتذكية بالإجماع هي الذبح في الموضع المخصوص، وعلى صفة مخصوصة، وبقطع عدد من العروق مخصوص، وهذا بالاتفاق، ليتم إنهار دم الحيوان، وليس شيء من هذه المعاني متحققاً في «الصعق الكهربائي» إلّا إزهاق الروح بالصعق لا بالذبح، ومعلوم أن الشارع قد رسم طريقة الذبح الشرعي في الكتاب والسنة ـ على ما بينا ـ وليس الصعق الكهربائي منها، لا لفظاً، ولا معنى، ولا دلالة، ولا واقعاً، ولا أثراً، فلم يكن بالتالي سبباً موصلاً إلى حل الحيوان المصعوق شرعاً.

أضف إلى ذلك أن «حكمة التشريع» لا تتحقق فيه، بل تحققت فيه علة «التحريم» لعدم إنهار دمه الخبيث المحرم، وهذا بيّن.

وعلى هذا، فإن المطلوب شرعاً ليس هو مجرد إزهاق الروح، وإلّا فلم حرمت المنخنقة، والمتردية، والنطيحة، وما أكل السبع، وكلها صور للميتة التي أزهقت روحها، ولكن المطلوب شرعاً على التحقيق ما نص عليه القرآن الكريم من قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] أي: أدركتم ذبحه قبل زهوق الروح، أو نفوذ

المقاتل، أو أحدها، أي: بالتذكية الكاملة، ولا يتم ذلك بالصعق الكهربائي الذي تزهق به الروح بداهة.

على أن المحققين المعنيين بتفسير «مفردات القرآن» وتحديد معانيها على وجه التحرير والدقة، قد أكدوا أن المراد من قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ أي: ما يفيد إزهاق الروح بإنهار الدم، لا الإزهاق وحده، يقول الراغب الأصفهاني في هذا المعنى ما نصه: «حقيقة التذكية إخراج الحرارة الغريزية، لكن خص في الشرع بإبطال الحياة على وجه دون وجه، أي: وهو قطع الحلقوم، والمريء، بنهر للدم، من سكين، وسيف، وزجاج، وحجر، وقصب»[١] فتقرر أن المطلوب شرعاً هو إزهاق الروح بإنهار الدم، من خلال فري الأوداج[٢] المعروفة، وهي التذكية الكاملة، ومعلوم أن ذلك لا يتم بالصعق الكهربائي بداهة، ومن ثم فلا يحل الحيوان الذي أزهقت روحه من خلال الصعق، لبقاء الدم النجس في جسمه، فضلاً عن تغير طعم لحمه، وريحه، ولونه، كما أسلفنا.

وأما عدم تعذيب الحيوان، فقد وجه الشارع ـ لتحقيق هذا الغرض ـ إلى أمرين:

أولهما: إحداد الشفرة، وهي السكين العظيمة ونحوها، ليتم القطع الحاد العميق.

الثاني: الفورية والإسراع في الذبح، تلافياً لتعذيب الحيوان، وهو ما اشترطه جمهور المالكية، وليس هذا من قبيل الاستحباب والندب؛ لأن الرحمة بالحيوان والرفق به واجب شرعاً[٣]؛ لأنه من آداب الذبح في الإسلام[٤] التي تعبر عن نزعته الإنسانية.

---

(١) «مفردات القرآن» للرَّاغب الأصفهاني: الفعل «ذكى».

(٢) «البدائع» للكاساني: (٥/ ٤١ وما يليها)، و«حاشية ابن عابدين»: (٦/ ٣٩٧).

(٣) «حكم اللحوم المستوردة» للدكتور محمد عبد القادر أبو فارس ص٤٨.

(٤) «المجموع شرح المهذب»: (٩/ ٧٨)، و«مغني المحتاج»: (٣/ ٢٦٧)، و«بداية المجتهد»: (١/ ٤٦٠).

طرق «التخدير» لا «التدويخ» وقبل الإدماء وإنهار الدم، جائزة، للسيطرة على الحيوان الكبير الحجم، غير المقدور عليه، لرفع تمرده، وإعناته، وامتناعه.

قدمنا أن «التدويخ» ـ خفيفاً كان أو قويًا ـ من شأنه أن يغير من طعم اللحم، ولونه، وريحه، إذا كان «تدويخاً» بالصعق الكهربائي، على ما هو متبع في بعض البلاد الأوروبية الغربية، والشرقية، نتيجة لتفاعلات الدم واللحم، مع الصعق الكهربائي، وثمرة لإحداثه «صدمة عصبية» لا «صدمة نزيفية دموية».

وقدمنا أيضاً أن التدويخ بغير «الصعق الكهربائي» كالبلطة ونحوها، أو «المسدس» الذي يطلق منه النار على رأس الحيوان، من شأنه أن يحدث ألماً شديداً للحيوان، إذ أثر «المسدس» كأثر «البلطة» ونحوها من حيث الألم الشديد، وهي طريقة «بدائية» مغرقة في القدم، فإن مما يرفع «امتناع الحيوان» لضخامته، أو يسهل القدرة عليه لذبحه في محل الذبح المخصوص، وعلى شروط الذكاة الشرعية، كل أولئك يمكن أن يتم عن طريق أخرى، وهي «التخدير» وقد تقدم العلم في ذلك تقدماً كبيراً، والإسلام لا يحول دون استخدام الوسائل العلمية الحديثة المتقدمة، ما دام ثمة محافظة على طريقته التي شرعها، ومقاصده في الذبح التي رسمها.

هذا، وقد ثبت علميًّا أن «التخدير» غير «التدويخ» من حيث «الوسائل العلمية» ومن حيث «الأثر» في الذبيح، «فالتخدير» ـ كما قلنا ـ مجرد «إفقاد الشعور بالألم» بخلاف «التدويخ» فهو «إفقاد الشعور بالوعي الحقيقي الكامل» فضلاً عن أن «التدويخ» قد يصحبه شلل في بعض صوره، لما يحدث من «صدمة عصبية» لا نزيفية، ولا دموية، ويغير من طعم اللحم ولونه وريحه إذا كان صعقاً بالكهرباء ـ كما أسلفنا ـ وقد يوقف القلب فجأة فيموت الحيوان بالسكتة القلبية، لا بإنهار الدم.

هذا، وقد يحول دون نزيف الدم نزيفاً ناتجاً عن الدورة الدموية الطبيعية في الحيوان، وفي هذا هدم لمقصد الشرع في الذبح.

لذا، كان «التخدير» بطريقه العلمية المختلفة، جائزاً شرعاً، ما دام ليس له من «المعقّبات» على النحو الذي رأينا في التدويخ.

غير أن تكاليف «التخدير» باهظة جدًّا، وهو وإن استعمل في «العمليات الجراحية للإنسان» لإفقاده الشعور بالألم، غير أنه لم يستعمل في الحيوان، لاستخلاص لحمه، للطعام، لما ذكرنا من تكاليفه الباهظة[1].

هذا، وليس في الشرع ما يمنع من استخدام «التخدير» المؤقت لمجرد رفع امتناع الحيوان، وتمرده، أو استعصائه على الذبح، دونما إيلام له، أو استخدام لوسائل وحشية بدائية أخرى.

خصائص الطريقة الإسلامية في الذبح:

يستخلص مما سبق أن «الطريقة الإسلامية» للذبح، تمتاز بما يلي:

١ ـ أنها تعترف بشرعية «الذبح» من الأمام، أو من الخلف، عند الجمهور، شريطة أن يكون بسرعة فائقة، تضمن أن يكون موت الحيوان منسوباً إلى «الذبح» لا إلى نفوذ مقتل من مقاتله، حتى لا يكون حينئذ ميتة، فلا يحل.

٢ ـ أنها تقيم وزناً «للوسائل العلمية الحديثة المتقدمة» التي تُفقد الشعور بالألم «كالتخدير» وهذه نزعة إنسانية، ولا تعترف بالطرق العلمية التي تفقد الوعي الحقيقي للحيوان، وقد يصيبه «شلل» قبل الموت، بما يحدث من «صدمة عصبية» لا نزيفية، ويُبقي على الشعور بالألم الشديد، كما أسلفنا.

٣ ـ أنها تتلافى سائر الطرق التي تتسم بالبدائية، والوحشية، منعاً من تعذيب الحيوان، وإشقائه قبل ذبحه، لقوله ﷺ: «**إذا قتلتم فاحسنوا القِتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذِّبحة، وليحد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته**»[2].

٤ ـ أنها طريقة تتلاءم مع «علم وظائف الأعضاء» (الفسيولوجيا) الذي يقوم على «فطرة الخلقة الحيوانية» لأنها تجتذب الدم من سائر الأنسجة، وتدفعه إلى أن يدور دورته الدموية، ليجد له منفذاً من خلال العروق المقطوعة بالذبح

---

(١) «الطريقة الإسلامية في ذبح الحيوانات للطعام» للدكتور غلام مصطفى خان، مترجم.

(٢) أخرجه مسلم: ٥٠٥٥، وأحمد: ١٧١١٣، من حديث شداد بن أوس. وانظر «نيل الأوطار»: (٨/ ١٤٧).

الشرعي، يتدفق من خلالها، فيتم بذلك «استنزاف» الدم، أو تخليص اللحم منه من خلال العروق المذبوحة، دون تفاعل كيميائي مع أي عامل خارجي، فيغدو ـ كما قال العلي الخبير ـ من «الطيبات» ولهذا كانت هذه الطريقة التي سماها القرآن الكريم «التذكية» في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ وكان هذا «التطابق» الفريد بين «المعنى القرآني» و«الطريق الشرعي» للذبح، المتفق بدوه مع «طبيعة وظائف الأعضاء» في الحيوان الذبيح التي تنتج «لحماً» سماه القرآن وبحق من «الطيبات».

٥ ـ تحاشت الطريقة الإسلامية أسباب المرض، والخبائث، ومنها «الدم» الذي هو مرتع «الجراثيم الفتاكة» ولهذا لم تُبح أي طريقة لا يتم من خلالها فصل الدم الخبيث عن اللحم الطيب، وإلا كان حراماً، لمكان الخبث فيه، إلا ما بقي في العروق قسراً، وعَسُر على الإنسان استخلاصه، رفعاً للحرج.

٦ ـ اتسمت بالإنسانية، وإلّا فما معنى قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾؟ فلا نرجع القهقرى إلى عهد الجاهلية الأولى، فنأكل الميتة، وأكيلة السبع، والمنخنقة، والمتردية، والنطيحة، وسائر صور الميتة، وإن تعددت أسبابها وصورها، هذا فضلاً عن أن الطريقة نفسها هي المثلى، لعدم تعذيبها الحيوان، من جهة، وعدم حقن الدم في العروق، حبساً له، أو إحداثاً للصدمات العصبية التي لا تساعد على إنهار الدم، وتخليص جسم الحيوان منه.

٧ ـ أن ذبيحة الكتابي حلال أكلها، ما لم يُبح لنفسه ما هو محرم علينا في شريعتنا؛ لأن اختلاف «المالك» أو «الذابح» لا يؤثر في حِلِّيَّة المحرم علينا، لمعنى في نفس الذبيح، أو لما يمس «أصالة عقيدة التوحيد» بأن يذكر على الذبيح «اسم غير الله تعالى» من الأوثان، أو الآلهة، وقد علمنا ذلك.

٨ ـ أن منطوق الآية الكريمة: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ﴾ [المائدة: ٥] قد جاء مطلقاً من حيث الزمان، والمكان، ولكن الآية الكريمة ليست مطلقة من حيث «طريقة الذبح» بل هي مقيدة بتعاليم الكتاب والسنة،

ذلك، لأن طعام الذين أوتوا الكتاب المقصود منه «ذبائحهم» بالإجماع، وتلك «الذبائح» جاء النص القرآني بإباحة تناولها، بقوله تعالى: ﴿حِلٌّ لَّكُمْ﴾ وهو أصرح تعبير في القرآن الكريم عن معنى «الإباحة» ولكن هذا «الحل» ليس مطلقاً، بل هو مشروط أن يكون «الذبيح» من الحيوان المأكول الحلال شرعاً في ذاته أولاً، وأن يكون ذبحه على الطريقة الإسلامية ثانياً، من قطع «الحلقوم، والمريء، والودجين» على اختلاف في المذاهب في عددها، وإن كان الفقه الإمامي قد ذهب إلى وجوب قطع الأربعة جميعاً[١] وهو الأفضل في فقه سائر المذاهب ـ كما أسلفنا ـ ذهاباً منه إلى «كمال التذكية» فضلاً عن وجوب التسمية، بذكر اسم الله تعالى عليها[٢].

على أنه إذا شك المسلم في أن «الكتابي» لم يسم على الذبيحة، ولم يذكر اسم الله عليها، فإن من اجتناب الشبهات ورعاً ألا يأكل منها، لقوله ﷺ: «**ومن اتقى الشبهات، فقد استبرأ لدينه، وعرضه، ومن وقع في الشبهات، وقع في الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى، يوشك أن يرتع فيه**»[٣] ولكن لا على سبيل التحريم الحتمي؛ لأن هذا سبيله العلم واليقين، لا الشك أو الوهم.

وهذا من باب التنزيه، واتقاء الشبهات عند الشك، ورعاً.

هذا، ويمكن أن يستوحى من جملة أحكام «التذكية الشرعية أو الذباحة» أن قواعدها وشروطها أمر يتعلق بالعبادة على الراجح، بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] وقوله ﷺ: «**ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكل**»[٤] إلى غير ذلك من الأحاديث التي تأمر بالتسمية، محواً لظاهرة

---

(١) «اللمعة الدمشقية بشرح الروضة الندية» للشهيد العاملي: (٧/ ٢٢١)، و«تحرير الوسيلة» للإمام الخميني: (٢/ ١٢٩).

(٢) المرجع السابق.

(٣) أخرجه البخاري: ٥٢، ومسلم: ٤٠٩٤، وأحمد: ١٨٣٧٤، من حديث النعمان. وانظر «إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام» لابن دقيق العيد: (٤/ ١٨٣).

(٤) أخرجه البخاري: ٢٤٨٨، ومسلم: ٥٠٩٢، وأحمد: ١٥٨٠٦، من حديث رافع بن خديج.

الإشراك، ولما كان عليه الأمر في الجاهلية من الوثنية، حيث كان اسم الآلهة يذكر عليها، بل كان يتقرب بها إليها، لذبح هذه الذبائح على النُّصُب، وهو ما نوه به القرآن الكريم: ﴿وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ﴾ أي: من أجلها.

غير أن الإسلا، قد ترك «أهل الذمة وما يدينون» إذ «لا إكراه في الدين» وسحب الحكم على الذبائح تعبداً، وقد مال إلى جانب «التسامح الديني والاجتماعي» مع أهل الكتاب، ترجيحاً منه لجانب استقرار التعامل والتعايش السلمي معهم في جميع أقطار الأرض، للاشتراك في أصل العقائد السماوية، أقول: رجح جانب الاستقرار، واستتباب الأمن في الدولة على جانب «مصلحة الدين» في هذه الجزئية، فقال عز شأنه: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥][(١)] أي: «ذبائحهم» بالإجماع، فضلاً عن حل التزوج منهم، على الرغم من أن «التذكية» أو «الذباحة» وكذلك «ذكاة الضرورة» في الصيد وما في معناه، أمر يتعلق بالعقائد، حتى كان معنى «التعبد» فيه ظاهراً، بدليل اشتراط «التسمية» على الذبيحة في الذباحة، وعلى السهم، أو الآلة، أو الجارح المعلَّم في الصيد، وما إليه، كما بينا.

على أننا قد أشرنا إلى أنْ ليس لشخص الذابح ودينه دخل في تحليل ما حرم الله، فلا يجوز بالتالي أن يبغي الكتابي لنفسه تحليل ما حرم الله علينا في شريعتنا، وإلا فإن ذبيحته لا تؤكل شرعاً، كما بينا، لمكان التحريم القاطع فيه، فلا يرفعه تغير المالك.

وثمة ملحظ لا ينبغي أن نغضي الطرف عنه، ذلك: أن «من مناط حل طعام أهل الكتاب، وذبائحهم، هو «عقيدة التوحيد» السماوية التي جاءت بها الشرائع المنزلة، وقلنا: إن الإسلام قد تسامح مع أهل الكتاب، إذ قبل منهم هذه «العقيدة» ولو زعماً وادعاءً، فكان ذلك الجزء من «المناط» مَظِنَّةً لا مَئِنَّةً، وحقيقة، وهو ـ لا ريب ـ معنى قائم في شخص الذابح، حتى إذا قام الدليل القوي على انتفاء هذا المناط من نفسه

---

(١) انظر «فتح الباري»: (١٢/٥٧)، وراجع: «تفسير الشيخ شلتوت» ص٢٩٤ ـ ٢٩٥.

أصلاً، أو سلك طريقة مخالفة لأسلوب شريعتنا في الذبح، لم تعد ذبيحته مما أحل الله، لترجيح جانب معنى «التعبد» في الذبح، بالدليل القوي، فضلاً عن أن شخص الذابح من أهل الكتاب، ليس بذي أثر على تحليل ما حرم الله علينا من الحيوان المحرم لذاته، أو لمعنى في نفسه، كالخنزير، أو المنخنقة، أو الميتة، ولو كان من ذبائح أو طعام أهل الكتاب، لما ذكرنا من تقييد مطلق منطوق هذه الآية بتعاليم الكتاب الأخرى، منعاً من «التناقض» في الأحكام، والقرآن الكريم ـ بلا ريب ـ يقيد بعضه بعضاً؛ ويفسر بعضه بعضاً؛ لأن إرادة المشرع فيه واحدة.

وعلى ذلك، فينبغي أن يكون «طعام أهل الكتاب» من الحيوان مأكول اللحم ابتداء، أي: مما أحل تناول لحمه على المسلمين، وفي هذه المعاني يقول أستاذنا الكبير المرحوم الشيخ محمود شلتوت ـ شيخ الجامع الأزهر سابقاً ـ قولاً يتضمن ردًّا على المبيحين لطعامهم بإطلاق، ما نصه: يقولون: «إن الله أباح طعام أهل الكتاب، للمؤمنين، وهو يعلم ما يقولون، ويفعلون، فيقابله أنه سبحانه أباحه للمؤمنين، وهو أيضاً يعلم ما حرمه عليهم، ويعلم أنهم يعلمونه، ويعلمون أن تحريمه لم يكن لأنه ملك لهم، بل لمعنى متصل به، ومتحقق فيه، ولا تأثير لصفة المالك عليه»[1] وهذا واضح.

هل ذكر اسم غير الله تعالى يكتفى بشأنه عدم العلم به، أو يجب التأكد والتيقن من عدم ذكر اسم غير الله تعالى عند الذبح من قِبَل الكتابي؟

يقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] هذه الآية الكريمة تضمنت في منطوقها شرطاً، مفاده: أنه يجب ـ لتحل ذبيحة الكتابي ـ ألَّا يذكر اسم غير الله تعالى على الذبيحة عند الذبح، فهل يكتفى بعدم العلم، أو ينبغي التيقن أو العلم من عدم ذكر اسم غير الله تعالى على الذبيحة، بالنسبة إلى الكتابي؟

(١) «تفسير القرآن الكريم» ـ للأستاذ الكبير الشيخ محمود شلتوت ـ شيخ الجامع الأزهر ص٢٩٤ ـ ٢٩٥.

لا نجد الجمهور يشترطون «التيقن» أو «العلم» بل يكتفون بعدم العلم، بخلاف المالكية، حيث يشترطون التيقن والعلم بأن الكتابي لم يذكر اسم غير الله تعالى على الذبيحة عند الذبح، فقد جاء في «الشرح الصغير» ما نصه: «فالشرط في جواز أكل ذبيحته، ألا يغيب حال ذبحه عنا، بل لا بد من حضور مسلم عارف بالذكاة الشرعية، خوفاً من كونه قتلها، أو نخعها، أو سمى عليها غير الله»[1].

ويتجه على المالكية، أنه لم يتفق معهم في اشتراط هذا الشرط أحد من الفقهاء، كما يرد عليهم أن النبي ﷺ لم يثبت أنه ورد عنه من سنة صحيحة ثابتة تفيد أن «العلم» بعدم وقوع ذكر اسم الله تعالى على ذبيحة الكتابي من قبله، عند الذبح، هو شرط في حلها، وإنما الذي ثبت أن النبي ﷺ قد أكل من «الشاة المصلية» التي أهدتها له يهودية من خيبر، وكانت قد وضعت فيها السم، ولم يتحرَّ رسول الله ﷺ عن كونها قد ذكر اسم غير الله عليها، ولا أرسل من الصحابة من يتحرى عن ذلك، ولا من يشهد ذبحها، ولو كان ذلك واجباً لفعل، أو لأرسل من يفيده علماً بذلك؛ لأن النبي ﷺ لا يترك واجباً.

وأيضاً، من غير المعقول أن يكون قد فعل ذلك، ولم تنقله السنة الصحيحة الثابتة إلينا.

وأيضاً، من المتيقن أن ذبيحة الكتابي حلال بصريح النص: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ ولا ينقض هذا اليقين إلّا بيقين مثله؛ إذ لا يقوى «الشك» على نقض اليقين، للقاعدة الفقهية التي مؤداها: «اليقين لا يزول بالشك» حتى إذا علمنا يقيناً أن الكتابي قد ذكر اسم غير الله تعالى على ذبيحته، فقد نقض حينئذ يقين حل ذبيحته، بيقينٍ مثله، وهو أنه ذكر اسم غير الله تعالى عليها، إشراكاً، أو وثنية، فيصبح تناولها محرماً حينئذ بهذا اليقين.

وعلى هذا، فالأصل «يقين الحِل» حتى يطرأ المغيّر الذي هو في قوة اليقين، ولعل «الحكمة الإلهية» في ذلك عدم تكليف المسلم بما يعسر الوقوف عليه، والتيقن منه،

---

(١) «الشرح الصغير»: (٢/١٥٨)، و«حاشية العدوي على الرسالة»: (٢/٥١٨ ـ ٥١٩).

رفعاً للحرج، وهو ما جاءت به النصوص، وعلى هذا الأصل يُحكم على اللحوم المستوردة من البلاد الأجنبية.

على أن التشريع الإسلامي، قد اتجه في تقريره لحكم حل ذبيحة الكتابي، أقول: اتجه إلى ما يذكيه، لا إلى ما يأكله، فقد قال ابن حزم في هذا المعنى ما نصه: «وقد اتفقنا على أن المراد بذلك ما ذكوه، لا ما أكلوه؛ لأنهم يأكلون الخنزير، والميتة، والدم، ولا يحل لنا شيء من ذلك، بإجماع منهم ومنا»[١].

مذهب الإمامية في ذبيحة الكتابي:

الأقوى في مذهب الإمامية، أنه يشترط أن يكون الذابح «مسلماً» ولا تجوز ذبيحة غيره.

وعلى هذا، فالكتابي لا تحل ذبيحته، وكذلك من لا دين له، من باب أولى، جاء في «تحرير الوسيلة» ما نصه: «يشترط في الذابح، أن يكون مسلماً، أو بحكمه، كالمتولد منه، فلا تحل ذبيحة الكافر مشركاً كان أم غيره، حتى الكتابي، على الأقوى»[٢].

ويتجه على الفقه الإمامي، أن ظاهر الكتاب العزيز ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ صريح في الدلالة على الحل، وهي دلالة صريحة، لا سبيل إلى نقضها بالاجتهاد، فكان الأقوى، بل الصريح القاطع أنه الحل، حتى يثبت النقض من المشرع نفسه، ونعني به النسخ بالدليل، ولا دليل، فبقي أصل الحكم مؤبداً، بشروطه.

وأيضاً، قد جاءت الإباحة في النص القرآني الذي تلونا بلفظ «الحل»، وهو أصرح الأساليب التي اتخذها القرآن الكريم في الدلالة على هذا المعنى، دلالة قاطعة لا احتمال فيها، مما لا يسعفهم شيء من دليل نصي على ما ذهبوا إليه من حكم، ووصفه بالأقوى؛ إذ الفقه هو إيراد الحكم مستنداً إلى الدليل، فضلاً عن بيان وجه الدلالة.

---

(١) «المحلى» لابن حزم: (٨/ ٨١٦).

(٢) «تحرير الوسيلة»: (٢/ ١٣٠).

هذا، والإسلام ـ بما هو دين قائم على «عقيدة التوحيد الخالص» ـ يرى أن ذكر اسم غير الله تعالى على الذبيحة هو انتماء واضح إلى الشرك، أو الوثنية، أو الكفر، فاعتبر ذلك من «الجرائم الكبرى» ولذا حرم تناول شيء من الذبيحة التي ذكر عليها اسم غير الله، واعتبرها كالميتة حكماً، يؤكد هذا ما رواه مسلم في «صحيحه»[1]، عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **«لعن الله من ذبح لغير الله»**.

ولا ريب أن «اللعن» إنما يكون على أمر قبيح اجترح، فاستوجب هذا العقاب الذي يوحي بشدة القبح، لعظم الجريمة، ومن هنا تجد تبريراً تشريعيًا واضحاً في القرآن الكريم لتكرار مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] وقوله تعالى: ﴿وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ﴾ [البقرة: ١٧٣][2] مما يؤكد حرص الشارع على أمرين:

أ ـ تخليص الحيوان المذبوح من الدم الخبيث، فصلاً له عن اللحم الطيب، وسماه «الذكاة» أو «التذكية».

ب ـ الحرص على «أصالة عقيدة التوحيد» بهدم كافة مظاهر الشرك والوثنية التي كان من شعائرها ذكر أسماء أربابها، وأصنامها، وهو معنى «الإهلال» والتقرب بالذبائح إليها، وإلى أحجارها، وأوثانها، وهذا أمر ديني قد جعله القرآن الكريم أصلاً لحل الذبائح، بقطع النظر عن طريقة الذبح، أو حل الحيوان المذبوح، ولو كانت على الطريقة الإسلامية.

٤ ـ القصد:

وهو شرط يتصل بشخص الذابح، ولا يعرف إلّا من جهته، أو من القرائن الخارجية.

---

(١) ٥١٢٤، وأخرجه أحمد: ٨٥٥.

(٢) ففي سورة المائدة: ٣ قوله تعالى: ﴿وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ وفي سورة البقرة: ١٧٣ قوله تعالى: ﴿وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ﴾ وفي سورة النحل: ١١٥ قوله تعالى: ﴿وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ وفي سورة الأنعام: ١٤٥ قوله تعالى: ﴿أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾.

هذا، والقصد غير النية، من قبيل أن القصد هو الاتجاه النفسي بما يتضمن العزم على الذبح، والاعتقاد بأن الذبيحة لا تحل إلّا بهذا الذبح، ولا يشترط ذلك في «النية» بل يكفي في النية «عقد العزم على الذبح».

يقول ابن رشد في هذا المعنى: «اعتقاد تحليل الذبيحة بالتذكية»(١).

ولا جرم أن اشتراط هذا الشرط يفتقر إلى دليل؛ لأن من ذهب إلى وجوبه، لا يرى حل ذبائح أهل الكتاب، إذا لم يتوفر، والغالب عدم توفره فيهم؛ لأنهم «لا يعتقدون تحليلها بالتذكية»(٢).

وذهب آخرون إلى عدم اشتراط هذا الشرط، وتمسك بعموم الآية المحللة، وأجاز ذبيحة الكتابي، ولو لم يتوفر لديه هذا القصد(٣).

ومنشأ الخلاف معارضة عموم الآية الكريمة ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥] أقول: معارضته لاشتراط القصد.

ويتفرع عن اشتراط «القصد» هذا حكم ذبيحة الصبي، والمجنون، والسكران، وغيرهم مما هو مبسوط في كتب الفقه.

على أن من تمسك بهذا الشرط يُفَرِّعُ عنه مثالاً توضيحاً إذ يقول: «ولو كان بيده سكين فسقط، وانجرح به صيد، ومات، أو احتكت به شاة وهو في يده، فانقطع حلقومها ومريئها، لم تحل»(٤).

والراجح عدم اشتراط هذا الشرط في حق الكتابي، رفعاً للحرج عن المسلمين، وتحقيقاً للتعايش، وتيسيراً للحصول على اللحوم المستوردة عند الحاجة الماسة؛ لأن انتفاء هذا الشرط لا ينافي عقيدة المسلمين، ولا يمس أصلاً من أصولهم، ولا يخل بمعنى «التعبد» في التذكية.

---

(١) «بداية المجتهد»، (١/ ٤٥١).

(٢) المرجع السابق. (٣) المرجع السابق.

(٤) «شرح المحلي على المنهاج»: (٤/ ٢٥٩)، وراجع: «الفقه الإسلامي» للدكتور فوزي فيض الله ص٦٦٢.

النزعة الإنسانية في الشريعة الإسلامية، فيما شرعت من طرق التذكية، والأدلة التي تنهض بها.

هذا، أما ما يدعى من أن البلاد الأجنبية قد استحدثت طرق الذبح أو القتل التي فصلنا القول فيها، وبينا حكم الشرع في تكييفها، تخفيفاً لآلام الحيوان، واتقاء تعذيبه، ورحمة به، فقد تبين أن الواقع لا يحقق ذلك مطلقاً، بل يحقق العكس منه، وهو شدة الألم، والتعذيب، وقد يفضي ذلك إلى «الشلل» أحياناً، أو الحيلولة دون الدورة النزيفية الدموية، أثراً للصدمة العصبية، ونود هنا أن نبين طرفاً من مظاهر رحمة الشريعة الإسلامية بالنسبة إلى الحيوان، والطير، ورفقها به، ونزعتها الإنسانية فيما شرعت من طريقة الذبح، أو النحر، أو الصيد وآدابها، فيما يلي:

أولاً ـ قال ﷺ: «إن الله تعالى عز شأنه، كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القِتلة، وإذا ذبحتم، فأحسنوا الذِّبحة، ولْيُحِدَّ أحدكم شفرته، وَلْيُرِحْ ذبيحته»[(١)].

فإن مما يستنبط من الحديث الشريف، هو إحداد الشفرة ـ وهي السكين العظيمة، أو السيف، أو ما إلى ذلك من الآلات الحادة ـ لسهولة القطع، وسرعته، بحيث يفقد الشعور بالألم، ويسرع في إزهاق الروح، ولذا نرى «الطير» يقف على قائمتيه، ويركض برجليه، محاولاً الطيران بعد الذبح، وكأن شيئاً لم يحصل، وكذلك الحيوان، ويلاحظ أن «الشفرة» ينبغي أن تكون من الحديد، ولذا يكره أن يكون الذبح بغير الحديد، ولو كان حادًّا.

على أن الإمامية، لا يجيزون الذبح بغير الحديد حالة الاختيار والسعة، وأما في حالة الاضطرار ـ وذلك عند عدم وجوده، ووجود غيره من الآلات المنطبعة من النحاس، والصُّفر، والفضة ـ فيجوز الذبح بها، شريطة خوف فوات الذبيحة، فقد جاء في «تحرير الوسيلة» ما نصه: «لا يجوز الذبح بغير الحديد، مع الاختيار، فإن ذبح

---

(١) أخرجه مسلم: ٥٠٥٥، وأحمد: ١٧١١٣، من حديث شداد بن أوس.

بغيره مع التمكن منه، لم يحل، ولو كان من المعادن المنطبعة كالصفر، والنحاس، والذهب، والفضة، وغيرها، نعم لو لم يوجد الحديد، وخيف فوت الذبيحة بتأخير ذبحها، أو اضطر إليه، جاز بكل ما يفري أعضاء الذبح، ولو كان قصباً، أو لِيطَة[١] أو حجارة حادة، أو زجاجة، أو غيرها»[٢].

هذا، وقد جاء في بعض الروايات «وليشد قوائمه، وليلقه على شقه الأيسر، وليوجهه نحو القبلة[٣]، وليسم الله تعالى عليه[٤]»، وهو مما يريح الحيوان، ويخفف من الشعور بالألم، فضلاً عن المعنى الديني في التوحيد الخالص، والطاعة لله تعالى، في التوجيه إلى القبلة، وذكر اسم الله تعالى.

هذا، والإمامية يوجبون استقبال القبلة بالذبيحة عند الذبح، تأكيداً للمعنى الديني «فإن أخل بذلك عامداً، حرمت الذبيحة، وإن كان ناسياً أو جاهلاً، أو مخطئاً في القبلة، لم تحرم»[٥].

وخالف في هذا ابن رشد، ولم يعتبر ذلك واجباً، بل مشروعاً[٦].

ثانياً ـ الإسراع ـ ما أمكن ـ في عملية الذبح، وهو ما يطلق عليه الفقهاء كلمة «التذفيف» أي: «الفورية» دون توقف، أو تريث أو إبطاء، ليتم قطع الأوداج فوراً وبسرعة فائقة، تريح الحيوان المذبوح، في إزهاق روحه، وفقاً لقوله ﷺ: **«وليرح ذبيحته»** أي: بإحداد الشفرة، والإسراع في عملية الذبح، والموالاة فيها، وقطع الأوداج، قطعاً حاذًا، وعميقاً.

ثالثاً ـ الاقتصار في عملية الذبح على قطع «الأوداج» الأربعة، دون مجاوزة ذلك إلى «النخاع الشوكي» اتقاء شدة الألم، وإحداث صدمات عصبية في الذبيح، ويقال:

(١) الليطة: قشر القصب.
(٢) «تحرير الوسيلة»: (٢/ ١٢٩).
(٣) «تحرير الوسيلة»: (٢/ ١٢٩).
(٤) «تحرير الوسيلة»: (٢/ ١٣١).
(٥) المرجع السابق.
(٦) «بداية المجتهد»: (١/ ٤٥١ وما يليها).

«نَخَع الذبيحة»: إذا بلغ بالقطع النخاع الشوكي الذي هو عرق أبيض يمتد من عظم الرقبة إلى الظهر؛ إذ الذبح ينبغي ألا يتعدى «مواضع الضرورة» وهي الأوداج التي يفضي قطعها أو فريها إلى «إنهار الدم»، ولا حاجة بعد ذلك إلى أن يبلغ الذبح النخاع، لما فيه من شدة الألم والتعذيب.

رابعاً ـ اقتصاراً على ما تقتضيه «الضرورة» في الذبح، وتفادياً للإيلام والتعذيب، وتسريعاً في إزهاق الروح، فقد كره الشارع أن يُجرَّ الذبيح برجله إلى مكان الذبح؛ لأن جره على هذه الشاكلة إشعار له بالألم النفسي، وهو ما لا تقتضيه عملية الذبح، ولا حاجة إليه، وقد روي عن ابن سيرين عن سيدنا عمر ﷺ أنه رأى رجلاً يسوق شاة له سوقاً عنيفاً إلى المذبح، فضربه بالدرة، ثم قال له: «سقها إلى الموت سوقاً جميلاً»[1].

وأنت ترى أن هذا تدبير شرعي، قبل عملية الذبح، مما يدل على أن الشريعة تقي الحيوان من الألم النفسي، فضلاً عن الألم الجسمي؛ إذ الحيوان ذو روح، ونفس، يشعر بما يشعر به الإنسان، على السواء، ولا سيما في الأمور المحسة، والمشاهدة، ويدرك بدائه الأمور بالغريزة كما يدركها الإنسان.

يؤكد هذا أن الرسول ﷺ قد نهى أن يُحِدَّ الرجل شفرته أمام الحيوان، وعلى مرأى منه، لما يورث ذلك من «هلع» الذبح والموت، فينبغي أن يكون ذلك على غير مرأى منه، إبعاداً له عن أسباب «الهلع» و«الترويع» وهو معنى إنساني بلا ريب، فقد روي عنه ﷺ أنه رأى رجلاً أضجع شاة، وأخذ يحد شفرته على مرأى منها، فقال عليه الصلاة والسلام: **«أوددت أن تميتها موتات؟؟ هلا حددت الشفرة قبل أن تضجعها»**[2] أي: في غيبة عنها، وقبل إشعارها بتهيئتها للذبح.

وأيضاً، قد روي أن سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ رأى رجلاً وقد أضجع شاة، ووضع رجله على صفحة وجهها، وهو يُحِدُّ الشفرة، فضربه بالدرة، فهرب الرجل، وشردت الشاة[3]!

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى»: (٩/ ٢٨١).

(٢) أخرجه الحاكم: (٤/ ٢٥٧)، والبيهقي في «الكبرى»: (٩/ ٢٨٠).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى»: (٩/ ٢٨٠).

وفيما قدمنا أدلة كافية على «النزعة الإنسانية» التي تختص بها الشريعة الإسلامية، سواء قبل الذبح، أم أثناءه.

أما بعد الذبح، فإن من المعلوم أن تعاليم الشريعة تنهى عن سلخ الحيوان قبل أن يبرد؛ لأن في ذلك تعذيباً شديداً، يضاهي قطع أعضاء الحيوان وهو حي[(١)]، وهو ما حرمته الشريعة تحريماً قاطعاً، لقوله ﷺ: «**ما قطع من البهيمة وهي حية، فهو ميت**»[(٢)]. أي في حكم الميت، من حيث التحريم، ليقطع دابر هذه العادة.

وأيضاً، مما يدل على تحريم السلخ قبل أن تبرد الذبيحة ـ أي: قبل أن تزهق روحها، تجنباً لإيلامها، وتعذيبها ـ قوله ﷺ: «**لا تَعْجَلُوا الأنفس قبل أن تزهق**»[(٣)].

وكذلك يُكره كسر عنق الحيوان بعد ذبحه، وقبل زهوق روحه، لما فيه من الإيلام الشديد[(٤)].

ويقاس على ذلك كل تصرف في الذبيحة، قبل زهوق روحها، مما يورثها الألم والتعذيب.

هذا، والله الهادي إلى سواء السبيل.



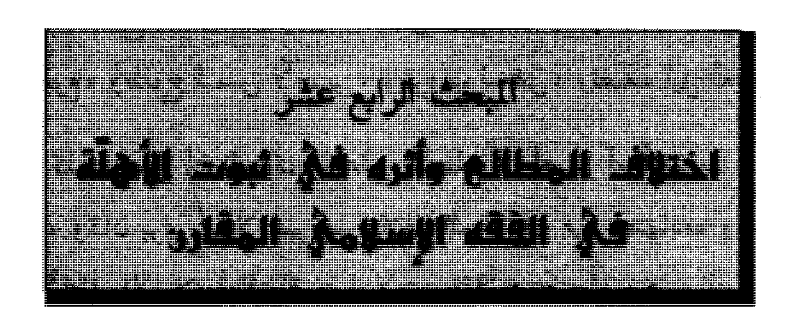
---

(١) «حياة الحيوان»: للدميري: (١/ ٣٩٠)، و«بدائع الصنائع» للكاساني: (٦/)، و«أحكام القرآن»: (٦/ ٥٦)، و«المغني» لابن قدامة: (٨/ ٥٧). وانظر كتاب «المطعومات والأعذار الشرعية» للدكتور رمضان علي ص٩٢ وما يليها.

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٨٥٨، والترمذي بإثر الحديث: ١٤٨، وأحمد: ٢١٩٠٤، من حديث أبي واقد، وهو حسن. ومعناه: أي المقطوع ميت لا يؤكل، وقد كان من عادة الجاهلية أن يقطعوا من الشاة قطعة من أليتها، أو ذراعها، ويأكلوها، ثم يتركوها هكذا، تعاني آلام القطع الشديدة، فحرم الإسلام ذلك لما فيه من الوحشية، وقسوة القلب، وعدم الاكتراث بآلام الحيوان الشديدة المستمرة، واعتبر الجزء أو العضو المقطوع كالميتة لا يحل.

(٣) أخرجه الدارقطني: (٤/ ٢٨٣). وانظر «نيل الأوطار»: (٨/ ١٤٢ وما يليها).

(٤) «فقه السنة»: (٣/ ٣٠٣).



المبحث الرابع عشر
اختلاف المطالع وأثره في ثبوت الأهلة
في الفقه الإسلامي المقارن

تمهيد:

أ ـ اتفق الفقهاء على أن اختلاف مطالع[1] القمر، ظاهرة كونية محسوسة ومشاهدة، ناجمة عن تحرك الكواكب: من الشمس والقمر والأرض، فلا يسع أحداً إنكارها؛ لأنه جهل أو مكابرة.

يقول ابن عابدين[2] في هذا الصدد: «إعلم أن نفس اختلاف المطالع لا نزاع فيه، بمعنى أنه قد يكون بين البلدتين بُعدٌ، بحيث يطلع الهلال ليلة كذا في إحدى البلدتين، دون الأخرى، وكذا مطالع الشمس»[3].

ويعلل الإمام الزيلعي اختلاف مطالع القمر كظاهرة كونية بقوله: «وانفصال الهلال عن شعاع الشمس يختلف باختلاف الأقطار، كما أن دخول الوقت وخروجه يختلف

---

(١) المطالع: جمع «مطلع» بفتح الميم، وسكون الطاء، وكسر اللام وفتحها. «المصباح المنير»، والمقصود هنا، مكان طلوع القمر بطرفه الهلالي المنير على أهل الأرض عند الغروب أو إثره، في أول ليلة من الشهر القمري.

(٢) «رد المحتار على الدر المختار»: (٢/ ٣٩٣)، الطبعة الثانية، مطبعة البابي الحلبي بمصر ١٣٨٦هـ ـ ١٩٦٦م، و«الرسائل»: (١/ ٢٤٩)، ويقول ابن عابدين: «واختلاف المطالع واقع مشاهد». المرجع السابق.

(٣) وفي «رسالته»: «تنبيه الغافل الوسنان على أحكام هلال رمضان» ما نصه: «فتلخص تحقق اختلاف المطالع، وهذا مما لا نزاع فيه، وإنما النزاع في أنه هل يعتبر أم لا؟». (١/ ٢٥٠) من «مجموعة رسائل ابن عابدين»، تصوير عالم الكتب ـ بيروت.

باختلاف الأقطار[١]، حتى إذا زالت الشمس في المشرق، لا يلزم أن تزول في المغرب، وكذا طلوع الفجر، وغروب الشمس، بل كلما تحركت الشمس درجةً، فتلك طلوع فجر لقوم، وطلوع شمس لآخرين، وغروب لبعض، ونصف ليل لغيرهم»[٢].

واتفقوا كذلك على أن الحاكم الأعلى المسلم إذا أصدر أمراً بثبوت هلال رمضان وبدء الصوم، وكان يرى أن لا عبرة باختلاف المطالع، في اجتهاده، ونُقل أمره هذا إلى جميع الأقطار الإسلامية الخاضعة لولايته، نقلاً صحيحاً، وجب الصوم في حقهم كافة، ولا عبرة عندئذ باختلاف المطالع بالإجماع؛ لأنها مسألة مُجتَهدٌ فيها، والقاعدة الشرعية المقررة أن حكم الحاكم يرفع النزاع، ويترجح به أحد النظرين الذي يراه أدنى إلى الحق والمصلحة في اجتهاده، ويجب إنفاذه، وطاعة أمره فيه على المسلمين كافة ممن هم خاضعون لولايته.

وعلى هذا، فإذا ثبت رؤية الهلال في قُطر، ولم تثبت في مطالع الأقطار الأخرى، لزم هؤلاء ثبوت الهلال برؤية غيرهم ووجب الصوم عليهم، بحكم الحاكم، باتفاق الأئمة الأربعة، كما قدمنا، سواء تقاربت الأقطار أم تباعدت، إذا وصلهم الخبر، ولو

---

(١) يجنح الإمام الزيلعي إلى المقايسة بين هاتين الظاهرتين الكونيتين على أساس تصوره الخاص لحركة كل من الشمس والقمر، ووضعهما الكوني المتحد، غير أن هذه المقايسة ينقض صحتها الوضع الكوني المختلف لكلٍّ منهما فلكيًا، كما سيأتي.

(٢) هذا مسلَّم بالنسبة للشمس، نتيجةً لحركتها في وضعها الكوني الخاص، من حيث مواجهتها للأرض مباشرة كل يوم، ولكن للقمر وضع آخر مختف، سنفصل القول فيه في مقامه، فالقياس مع الفارق.
«تبيين الحقائق» للزيلعي: (١/ ٢١٣).
وإنما أوردنا هذا النص للإمام الزيلعي، للدلالة على أن الفقهاء القدامى، كانوا يصدرون في اجتهاداتهم الفقهية عن بحث ودراسة للواقع، كونيًا كان أم أرضيًا، تنتج تصوراً خاصًا عندهم، يبنون على أساسه أحكامهم، على النحو الذي رأيت، أما أن هذا التصور الاجتهادي يقبل النقد اليوم أو لا يقبله، فهذا شأن آخر، ولا ضَيْر عليه لو وجه إليهم نقد، ذلك لأن تصورهم للظواهر الكونية كان محدوداً بمستوى ثقافة عصرهم، وإنما يعنينا المبدأ من حيث هو.
واختلاف المستويات الثقافية عبر العصور نعتبره من باب اختلاف الظروف والأزمان المؤثرة في اختلاف الأحكام الفرعية العملية.

كان بعضهم في آخر جزء من الليل[١].

واتفقوا أيضاً على اعتبار اختلاف مطالع الشمس في مواقيت العبادات يوميًا، فتختلف تبعاً لاختلاف وقت شروق الشمس وزوالها وغروبها، في حق كل بلد، فلكل بلد مواقيته في الصلوات الخمس والإفطار والسحور، وهذا لا خلاف فيه منذ عهد النبوة، وتوالى عبر القرون إلى يومنا هذا، فانعقد الإجماع على ذلك.

وعلى هذا، فتوحيد مواقيتها في الأقطار المختلفة باطل، بل لا يتصور، لاختلاف مواقع الأقطار على الكرة الأرضية، جهةً وقدراً، في خطوط الطول والعرض. وهذا بالإجماع[٢].

وأيضاً، لأن الشمس تواجه الأرض مباشرة كل يوم، وتتدرج في طلوعها، بسبب كروية الأرض، ودورانها حول نفسها، فتختلف مواقيت شروقها وزوالها وغروبها بهذا التدرج واقعاً وحسًا.

هذا، والشارع الحكيم قد أناط أحكام وجوب أداء الصلوات والإفطار في رمضان، والإمساك، بوجود هذه الأوقات بعينها، كقوله تعالى: ﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ﴾ [الإسراء: ٧٨] وقوله تعالى: ﴿وَكُلُواْ وَٱشۡرَبُواْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلۡخَيۡطُ ٱلۡأَبۡيَضُ مِنَ ٱلۡخَيۡطِ ٱلۡأَسۡوَدِ مِنَ ٱلۡفَجۡرِۖ﴾ [البقرة: ١٨٧].

ذلك لاختلاف مطالع الشمس، ومن ثمَّ فلا يجب أداء الصلوات ولا يجب الإفطار والإمساك على قوم إلّا عند تحقق مواقيتها في بلدهم على استقلال، ولا يلزمون بتحققها في غيره.

---

(١) «المجموع: شرح المهذب»: (٦/ ٢٢٦)، و«نيل الأوطار» للشوكاني: (٤/ ٤١٧ وما يليها). أما إذا وصلهم الخبر بعد طلوع الفجر أو في النهار، فإن أفطروا فعليهم قضاء هذا اليوم بعد رمضان، لتأخر الخبر، إذا شاركوا سائر الأقطار في جزء من الليل وقت ثبوت الرؤية.
ويقول ابن عابدين: «لا عبرة باختلاف المطالع في الأقطار، إلّا عند الشافعي ذي العلم الزخار، ما لم يحكم به حاكم يراه، فيلزم الجميع العمل بما أمضاه، كما ذكره ابن حجر وارتضاه، وقال: لأنه صار من رمضان عندنا، بموجب ذلك الحكم ومقتضاه». «مجموعة رسائل ابن عابدين»: (١/ ٢٥٣).

(٢) «رسائل ابن عابدين»: (١/ ٣٥٠).

د ـ واختلف الفقهاء بعد ذلك في مسألة «اعتبار اختلاف مطالع القمر، أو عدم اعتباره في ثبوت الأهِلَّة» وما يتعلق بها من الأحكام الشرعية، كثبوت بدء الصوم في رمضان، وبدء الفطر في شوال، وغيرهما من الشهور.

تحرير محل النزاع:

أما محل النزاع فيتحدد بما يلي: هل اختلاف مطالع القمر في الأقطار الإسلامية معتبر في ثبوت الأهلة، وما يتعلق به من أحكام، أو ليس بمعتبر في ذلك؟[1].

توضيحه:

وتوضيح ذلك، أنه إذا كانت العبرة باختلاف المطالع، فإن مقتضى ذلك ألا يلزم أهل بلد لم يروا الهلال في مطلعهم برؤية أهل بلد الرؤية، سواء تقاربا أم تباعدا، فلكل قوم مطلعهم، ورؤيتهم، كما أن لكل قطر مطلع شمس، وزوالها، وغروبها.

فإذا اختلفت مواقيت أداء الصلوات في كل بلد، تبعاً لاختلاف مطالع الشمس فيه، فكذلك يختلف يوم بدء وجوب الصوم في الأقطار، تبعاً لاختلاف مطالع الهلال في كل منها على انفراد.

ومؤدى هذا، أن رؤية الهلال في المشرق، لا يُلزم بها أهل المغرب.

أما إذا ذهبنا إلى عدم اعتبار اختلاف المطالع، فإن مقتضى ذلك أن رؤية الهلال في المشرق يلزم بها أهل المغرب، ولو لم يروه، فيعم حكم وجوب الصوم جميع هذه الأقطار الإسلامية تبعاً لذلك، وكذلك حكم الفطر بثبوت هلال شوال، وغيرهما من الشهور[2].

أو بعبارة أخرى: يكتفى بثبوت رؤية الهلال في بعض[3] البلاد، ليعتبر ثابتاً في

---

(١) يقول ابن عابدين: «فتلخص تحقق اختلاف المطالع، وهذا لا نزاع فيه، وإنما النزاع في أنه هل يعتبر أم لا؟». «الرسائل»: (١/ ٢٥٠).

(٢) جاء في «رسائل ابن عابدين»: (١/ ٢٣٤) «وهلال الأضحى وغيره كالفطر».

(٣) يقول العلامة الكمال بن الهمام في «فتح القدير»: (٢/ ٥٣) في هذا المعنى: «وإذا ثبت في مصر ـ بلد ـ لزم سائر الناس، فيلزم أهل المشرق برؤية أهل المغرب في ظاهر المذهب» أي: الحنفي.

حق سائر الأقطار، ولو لم تتم رؤية القمر فعلاً في مطالعه لديها، فيعمهم الحكم الشرعي من وجوب الصوم، أو وجوب الإفطار في بدء شوال، أو ميقات الحج والأضحية، بناء على أنْ لا عبرة باختلاف المطالع.

بعد أن حررنا محل النزاع، ووضحنا مضمونه، وما تفرع عنه من أحكام، نشرع في عرض اتجاهات الفقهاء في هذه المسألة، وما اعتمدوه من أدلة، ووجوه استدلالهم بها، ثم نتناولها بالمناقشة، ونرجح ما هو أقوى دليلاً.

اتجاهات الفقهاء في حكم اختلاف مطالع القمر، وأثره على ثبوت الأهِلَّة، وما يتعلق بها من الأحكام الشرعية، وعرض أدلتهم ووجوه استدلالهم بها:

الاتجاه الأول: العبرة باختلاف المطالع:

اتجه فريق من فقهاء المذاهب[١] إلى أن اختلاف مطالع القمر معتبر كاختلاف مطالع الشمس، غير أن بعضهم اشترط تباعد البلدان[٢]، فإن تقاربت فلا اعتبار[٣]؛ إذ بالتقارب تتحد المطالع غالباً، ويصبح حكم البلاد المتقاربة حكم بلد واحد.

يقول الإمام النووي: «إذا رأوا الهلال في رمضان في بلد، ولم يروه في غيره،

---

(١) وهو اجتهاد بعض الشافعية، وبعض الحنفية، وبعض المالكية، والإمامية والزيدية.

(٢) لم ينهض على هذا الشرط دليل شرعي، إنما هو مجرد اجتهاد عقلي، بدليل اختلافهم في ضبطه اختلافاً كثيراً، كما سيأتي.

(٣) «المجموع شرح المهذب»: (٦/ ٢٢٦)، و«البدائع»: (٢/ ٨٣)، و«تبيين الحقائق»: (١/ ٣٢١). ويقول الإمام الزيلعي في هذا الصدد تأكيداً لما جاء في «مجموع النووي» ما نصه: «ولا عبرة باختلاف المطالع» وقيل: يعتبر. . . فإن كان بينهما تقارب بحيث لا تختلف المطالع يجب، وإن كان بحيث تختلف لا يجب، وأكثر المشايخ على أنه لا يعتبر، أي: سواء تقاربت أم تباعدت.
وبنحو هذا قال الكاساني: «إذا كانت المسافة بين البلاد قريبة، لا تختلف فيها المطالع، فأما إذا كانت بعيدة، فلا يلزم أحد البلدين حكم الآخر؛ لأن مطالع البلاد عند المسافة الفاحشة تختلف. . . .».
«البحر الزخار» للمرتضى: (٣/ ٢٤٢ وما يليها).
«الروض النضير» للسياغي: (٣/ ٧٧ وما يليها).

فإن تقارَب البلَدان، فحكمها حكم بلد واحد[١]، ويلزم أهل البلد الآخر الصوم، بلا خلاف، وإن تباعدا[٢]، فوجهان مشهوران[٣]... أصحهما: لا يجب الصوم على أهل البلد الآخر، والثاني: يجب»[٤].

وهذا ما اتجه إليه بعض فقهاء الحنفية، وجمهور الشافعية، وهو مذهب الإمامية والزيدية[٥] وبعض المالكية[٦].

اختلاف فقهاء هذا الاتجاه في ضابط القرب والبعد:

وقد اختلف فقهاء هذا الاتجاه في ضابط القرب والبعد اختلافاً شديداً، نأتي منه على بعض الوجوه[٧].

---

(١) إذ بالتقارب يتحد المطالع.

(٢) بالتباعد تختلف.

(٣) دليل على أن الوجهين صحيحان مشهوران، غير أن الأرجح في المذهب الشافعي هو اعتبار المطالع، فلا يجب، والثاني يجب، لعدم اعتبار المطالع.

(٤) إذن غدم اعتبار المطالع قول صحيح مشهور عند الشافعية أيضاً كما ترى، وهو المتفق مع رأي الجمهور؛ لأن التعبير بالأصح يقتضي المشاركة في أصل الصحة، وأحدهما يتميز بالأفضلية، وهو الذي عبر عنه بالأصح، فالشافعية ـ كما ترى ـ اختلفوا حتى في حالة التباعد.

(٥) المراجع السابقة، و«نيل الأوطار»: (٤/ ٢١٧ وما يليها)، و«المجموع شرح المهذب»: (٦/ ٢٢٦).

(٦) «مواهب الجليل»: لحطاب المالكي، و«القوانين الفقهية» لابن جزي المالكي، و«نيل الأوطار»: (٤/ ٢١٧ وما يليها).

غير أن بعض المالكية يرى أن اختلاف المطالع يعتبر إذا ثبتت الرؤية عند حاكم خاص، فإنه لا يعم الحكم إلّا مَنْ في ولايته «وهو خلاف المشهور عند المالكية» المراجع السابقة.

وهذا ـ في الواقع ـ تخريج على قاعدة فقهية مؤداها: «أن حكم الحاكم في كل فصل مُجْتَهد فيه ـ كمسألتنا هذه ـ يرجح أحد النظرين، وباعتبار أن حكم الحاكم واجب النفاذ، لوجوب طاعته، فإن حكمه خاص بولاية أو قطر معين، بخلاف الحاكم العام الأعلى (الخليفة)، فإن حكمه يسري على المسلمين كافة، لعموم ولايته، ولوجوب طاعته، وإمضاء أحكامه، على الكافة».

والحاكم الخاص كالقاضي، والوالي، وأمير البلد.

«فتح القدير»: (٢/ ٥٢ـ ٥٣)، بحث للشيخ علي السايس في مجلة مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر، المؤتمر الثالث: ص٨٥.

(٧) «المجموع» للنووي: (٦/ ٢٢٧).

الأول: أن التباعد يختلف باختلاف المطالع، كالحجاز، والعراق، وخراسان.

والتقارب أنْ لا يختلف، كبغداد، والكوفة، والري، وقزوين.

الثاني: الاعتبار باتحاد الأقاليم واختلافه.

فإن اتحدا فمتقاربان، وإلّا فمتباعدان.

الثالث: أن التباعد مسافة القصر، والتقارب دونها، وبهذا قال إمام الحرمين، والإمام الغزالي[١].

الرابع: أنه يلزم كل بلد لا يتصور خفاؤه ـ القمر ـ عنهم بلا عارض، دون غيرهم[٢].

الخامس: أنه يلزم إذا اختلفت الجهتان ارتفاعاً وانحداراً، كأن يكون أحدهما سهلاً والآخر جبلاً، أو كان كل بلد في إقليم، وهو قول الهادوية، والزيدية[٣].

هذا، ويرى الإمام النووي، أن كلًّا من ضابط البعد والقرب يَطَّرد حكمه، ولا يتخلف.

أما التباعد فظاهر؛ لأنه به تختلف المطالع واقعاً، وعلى نحو مشاهد ومحسوس.

وأما التقارب، فلأن به تتحد مطالع البلاد المتقاربة، حتى كانت ـ كما يقول ـ في حكم بلد واحد، والأصل أن تقع الرؤية فيها جميعاً في زمن متحد أو متقارب، لوحدة المطلع، حتى إذا رؤي الهلال في بعضها دون بعض، لم يرجع ذلك إلى سبب كوني يتعلق بسير الكواكب بحيث يحجب الهلال عن الرؤية في بعض المطالع دون بعض، وإنما مرد ذلك بالنسبة لمن لم يَرَ الهلال من أهل البلاد المتقاربة، إلى أحد أمرين:

---

(١) المرجع السابق، و«نيل الأوطار»: (٤/ ٢١٨).

وقد جاء الإمام السرخسي بضوابط أخرى في اعتبار القرب والبعد، لا يتسع المقام لتفصيلها. «المبسوط»: (٣/ ٥٤ وما يليها).

(٢) المرجع السابق، «نيل الأوطار»: (٤/ ٢١٨).

(٣) المرجع السابق، و«البحر الزخار»: (٣/ ٢٤٢ وما يليها)، و«الروض النضير»: (٣/ ٧٧ وما يليها).

أ ـ إما تقصير أو إهمال في التحري والتأمل.

ب ـ وإما لعارض جويٍّ من غيم أو قتام.

وهذا لا يؤثر في «وحدة الحكم» بالنسبة إليها، «لوحدة المطلع» كما أسلفنا[1].

وفي هذا المعنى يقول الإمام النووي ما نصه:

«إنه إذا لم يختلف المطلع للتقارب، فإن عدم رؤية بعضهم للهلال إنما يكون عن تقصيرهم في التأمل، أو لعارض من غيم أو قَتَام، بخلاف مختلفي المطالع للتباعد»[2].

ثم جزم بأن الضابط الأصح للبعد والقرب، هو الوجه الأول[3].

وقوع الشك في القرب أو اتحاد المطلع، تطبيقاً وعملاً، يوجب ـ عند الشافعية ـ الرجوع إلى الأصل، وهو اعتبار اختلاف المطالع، ولأن الأصل أيضاً وجوب الصوم بالرؤية.

أما إذا وقع الشك في التقارب، أو اتحاد المطلع، فلا يلزم الذين لم يروا الهلال ـ في اجتهاد الشافعية ـ برؤية البلد الذي وقع الشك في قربه من الرؤية، أو بعبارة أخرى: إذا وقع الشك في اتحاد مطلعه، وتعليل ذلك:

أ ـ أن الأصل عدم الوجوب.

ب ـ لأن الصوم ـ في الأصل ـ إنما يجب بالرؤية، لقوله ﷺ: **«صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته»**[4].

---

(١) بشيء من التصرف الإيضاحي.

(٢) «المجموع» للنووي: (٦/ ٢).

(٣) المرجع السابق.

ولا أراني في حاجة إلى أن أشير إلى أن عمدة من ذهب إلى اعتبار اختلاف المطالع بالتباعد ـ على الاختلاف في ضابطه ـ هو حديث «كُرَيْب» بضم الكاف وفتح الراء. «نيل الأوطار»: (٤/ ٢١٧ وما يليها).

وفي الحديث: أن بن عباس لم يلتزم برؤية أهل الشام، وفي اجتهاده أن لكلٍّ مطلعه.

غير أن المسافة بين الشام والمدينة ـ فيما أرى ـ ليست من البعد بحيث توجب اختلاف المطالع بينهما، بناء على الضابط الأصح عند النووي.

(٤) أخرجه البخاري: ١٩٠٩، ومسلم: ٢٥١٦، وأحمد: ٩٥٥٦، من حديث أبي هريرة.

وما دامت الرؤية لم تثبت في حق هؤلاء، لا يقيناً ولا ظنًّا[١] لم يثبت بالتالي وجوب الصوم عليهم.

فتلخص أنه: عند وقوع الشك في القرب، يرجع إلى الأصل.

الاختلاف الواسع المدى بين الفقهاء ـ ولا سيما الشافعية ـ في ضابط التباعد الذي يوجب اختلاف المطالع، دليل بيِّن على أن «التباعد» لا سند له من الشرع، بل يقوم على محض استدلال عقلي:

يدلك على هذا ما أتوا به من وجوه الضبط، دون التنويه بمستند شرعي لكلّ وجه، وإلّا فما دليل من ذهب إلى أن اختلاف المطالع معتبر حتى في البلد أو الإقليم الواحد، بين السهل والجبل، أو العلو والانحدار؟؟

هذا في معيار البعد الذي اعتبروه شرطاً بما لا دليل عليه شرعاً.

أما ذهابهم إلى أن اختلاف المطالع معتبر في ثبوت الأهِلَّة، فعمدتهم فيه حديث «كُرَيْب» كما سيأتي.

أدلة هذا الاتجاه (اعتبار اختلاف المطالع):

أولاً ـ استدلوا بالسنة في حديث كُرَيْب.

أ ـ عن كُرَيْب أن أم الفضل بعثته إلى معاوية بالشام، فقال: فَقَدِمتُ الشام، فقضيت حاجتها، واسْتُهِلَّ[٢] عَليَّ رمضان وأنا بالشام، فرأيت الهلال ليلة الجمعة، ثم قَدِمتُ المدينة في آخر الشهر، فسألني عبد الله بن عباس، ثم ذكر الهلال، فقال: متى رأيتم الهلال؟ فقلت: رأيناه ليلة الجمعة، فقال: أنت رأيته؟ فقلت: نعم! ورآه الناس وصاموا، وصام معاوية، فقال: لكنا رأيناه ليلة السبت، فلا نزال نصوم حتى نكمل

---

(١) أما أن الرؤية لم تثبت يقيناً في حق البلد القريب من بلد الرؤية، فظاهر؛ لأن الفرض أن الرؤية لم تتم عندهم، وأما أن الرؤية لم تثبت في حقهم ظنًّا، فلأن مظنة الرؤية هي وحدة المطلع، وهذه إنما تكون بالقرب، والقرب قد وقع الشك فيه، ولا يقين ولا ظن مع الشك.

(٢) «بضم التاء وكسر الهاء» مبني للمفعول، ومنهم من يجيز بناءه للفاعل، و«هَلَّ» ـ بتشديد اللام ـ من باب ضرب، لغة أيضاً: إذا ظهر. «المصباح المنير».

ثلاثين أو نراه، فقلت: ألا تكتفي[١] برؤية معاوية وصيامه؟ فقال: لا، هكذا أمرنا رسول الله ﷺ[٢].

ووجه الاستدلال، أن ابن عباس رضي الله عنه رفض الالتزام برؤية أهل الشام.

قالوا: ورَفْضُ ابن عباس هذا ـ امتثالاً لما أمر به رسول الله ﷺ ـ دليل بيِّن على أن إلزام أهل بلد لم يروا الهلال برؤية بلد آخر، مخالف لما أمر به الشارع من وجوب أن يلتزم كل بلد بمطلعه، فإن تمت الرؤية، وإلّا فيجب إكمال الثلاثين[٣].

وعلى هذا، فلا يثبت الهلال في حق كلِّ بلد إلّا بأحد أمرين:

أولاً: برؤية الهلال في مطلعه.

ثانياً: أو بإكمال الثلاثين من شعبان[٤].

وقالوا: الظاهر أن هذا ليس اجتهاداً من ابن عباس، حتى يقال: إنه اجتهاد صحابي لا تقوم به حجة؛ لأنه إنما فعل ذلك امتثالاً لما أمر به رسول الله ﷺ على ما جاء في النص صراحة: «هكذا أمرنا رسول الله».

---

(١) وقع شك عند أحد الرواة في لفظ «تكتفي» هل هو خطاب لابن عباس، فيكون بالتاء، أو هو لجمع المتكلمين، فيكون بالنون، غير أن المعنى العام للحديث لا يختلف، ذلك لأن المعوَّل عليه هو الإجابة، إذ هي مناط الاستدلال، سواء أكان السؤال موجهاً إلى ابن عباس بالخطاب، أم بنون الجمع للمتكلمين. «نيل الأوطار»: (٤/ ٢١٧)، و«فتح القدير»: (٢/ ٥٢ ـ ٥٣).

(٢) أخرجه مسلم: ٥٢٨، وأحمد: ٢٧٨٩.
وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب. «المغني مع الشرح الكبير»: (٣/ ٧). وانظر «الشرح الكبير» في الهامش أيضاً للإمام شمس الدين أبي الفرج. وانظر: «فتح القدير» للكمال بن الهمام: (٣/ ٥٢ ـ ٥٣).

(٣) «المجموع شرح المهذب»: (٦/ ٢٢٦ وما يليها)، و«المغني»: (٣/ ٧)، و«المبسوط»: (٣/ ٥٤ وما يليها، و٧٨)، و«مجموعة الرسائل: ابن عابدين»، و«رد المحتار»، و«نيل الأوطار»: (٤/ ٢١٧ وما يليها).
وقد ذكرنا آنفاً، أن أصحاب هذا الاتجاه قد اشترطوا «التباعد» وإن اختلفوا في ضابطه.

(٤) وهذا معنى قول الرسول ﷺ: **«فإن غمَّ عليكم، فاقْدُروا له»** [أخرجه البخاري: ١٩٠٦، ومسلم: ٢٤٩٨، وأحمد: ٢٢٩٤، من حديث ابن عباس] أي: فقدِّروا، أي: أكملوا تمام الثلاثين، واللام في «له» زائدة، أي: فاقدروه، أي: أتموه ثلاثين. «شرح الدسوقي»: (١/ ٥٠٩ ـ ٥١٠).

ومثل هذا التعبير يفيد «الرفع» إلى النبي ﷺ عند أهل الحديث، ولا يرفعه إلّا عن دليل يحفظه، وإن لم يصرح به.

ولعل هذا الدليل الذي حفظه، وأومأ إليه، هو قوله ﷺ: **«لا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تُفطروا حتى تروه»**[(١)] على ما سيأتي تفصيله.

على أنا نرى أن في رد ابن عباس على كُرَيب، تأكيداً لأمرين:

الأول: وجوب استقلال أهل المدينة بالرؤية عن أهل الشام، حتى لا يلزم أحدهما برؤية الآخر؛ إذ أفهمه أن إكمال الثلاثين هو الذي تتم به «رمضانية» الشهر، إن لم تثبت رؤية الهلال عندهم، وفي مطلعهم.

الثاني: أفهمه أيضاً أن إحصاء الثلاثين إنما يبدأ اعتباراً من واقع رؤية أهل المدينة هلال رمضان، وهو يوم السبت، لا من يوم الجمعة الذي استُهِلَّ فيه في الشام.

فتلخص أن المعوَّل عليه شرعاً في ثبوت هلال رمضان، وشوال، وغيرهما، في حق كل بلد، هو رؤيتهم هم للهلال في مطلعه لديهم، على استقلال، استدلالاً بحديث كُرَيْب على الوجه الذي بينا.

ب ـ واستدلوا أيضاً بقوله ﷺ: **«لا تَصوموا حتى تَرَوا الهلال، ولا تُفطروا حتى تَرَوْهُ، فإن غُمَّ عليكم، فأكملوا العِدَّة ثلاثين»**[(٢)].

ووجه الاستدلال أن الشارع قد علق الحكم على رؤية كلٍّ من المخاطبين، غير أنَّ السنة قد اعتبرت الشهادة الصحيحة مُنَزَّلة منزلة رؤية الكل، ولولا ذلك لكان مناط وجوب الصوم في حق كل مكلف رؤيته هو، فبقي سائر البلاد البعيدة على مقتضى عموم حكم الحديث الذي يقضي بأن وجوب الصوم منوط برؤيتهم على انفراد[(٣)].

---

(١) أخرجه مسلم: ٢٥٠٢، وأحمد: ٤٤٨٨، من حديث ابن عمر.

(٢) أخرجه البخاري: ١٩٠٦، ومسلم: ٢٤٩٨، وأحمد: ٢٢٩٤، من حديث ابن عباس.

(٣) «المبسوط»: (٣/ ٥٤ وما يليها).

هذا، والسنة إذا جعلت وجوب التماس الهلال فرضاً على الكفاية[١]، فقد اكتفت - في الوقت نفسه - برؤية الواحد العدل وشهادته، أو برؤية عدلين، على الخلاف في ذلك، حتى تثبت في حق أهل البلد جميعاً.

وأما من عداهم من أهل البلاد البعيدة، فهم باقون على الأصل[٢]، من عدم وجوب الصوم، حتى تثبت رؤيتهم لهلال رمضان في مطلعه، فثبت أن لكل قوم مطلعهم، وهو ما نقول به.

وما يقال في هلال رمضان، منسحب كله على سائر الأهِلَّة؛ إذ لا فرق.

ولقائل أن يقول: إن قوله ﷺ: «**لا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تفطروا حتى تروه**»، فذلك نهي مغيًّا بالرؤية، وهذا لا يفيد الأمر، فكيف صح لابن عباس أن يقول: «هكذا أمرنا رسول الله»؟

ويجاب عن ذلك، أن الواقع أن الإشارة في قول ابن عباس رضي الله عنه: «هكذا أمرنا» تشمل الأمر بإكمال الثلاثين عند عدم رؤية هلال شوال، كما تشمل الأمر بالصيام عند ثبوت رؤية هلال رمضان، ووجوب الإفطار عند رؤية هلال شوال، أقول: تشمل كل أولئك بقول ابن عباس رضي الله عنه: «هكذا أمرنا رسول الله».

غير أن قوله ﷺ: «**لا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تفطروا حتى تروا الهلال**» وإن كان كل منهما نهياً مُغَيًّا بالرؤية، لكنه في قوة الأمر عند ثبوتها، إذ من المقرر أصوليًّا في قواعد تفسير النصوص، أن المنطوق إذا ورد فيه حكم - أمراً كان أو نهياً - وكان هذا الحكم مقيداً بقيد معتبر في تشريعه[٣]، فإنه ينتفي بانتفاء القيد، ويثبت نقيضه، عملاً بمفهوم المخالفة.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) «الفقه المقارن» للدكتور البوطي ص٢٢.

(٣) نقصد بكونه معتبراً في تشريعه، أي: أورده المشرع لغرض التشريع بوجه خاص، لا لغرض آخر، أي: لتحديد مجال تطبيقه بحالة دون أخرى، لا لتقرير الواقع مثلاً، من مثل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟ أَضْعَٰفًا مُّضَٰعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠] فإن قيد «أضعافاً مضاعفة» لا لغرض التشريع، بل للتشنيع على الجاهليين في أمر واقع وغالب في مجتمعهم، وهو أنهم كانوا لا يُقرضون إلّا إذا كان (الربا) أضعافاً مضاعفة، فلا يدل هذا القيد على نقيض الحكم عند انتفائه، حتى يقال: إن الربا إذا لم يكن =

وما نحن فيه، الحكم هو النهي مقيد بغاية ينتهي عندها، وهي الرؤية، فحكم النهي عن الصيام يستمر ما دامت رؤية الهلال لم تقع، حتى إذا وقعت الرؤية وثبتت، ثبت نقيض الحكم، ونقيض النهي أمر، فكأن الرسول ﷺ قال: «**لا تصوموا حتى تروا الهلال، فإذا رأيتم الهلال فصوموا**».

إذن يستفاد من النص حكمان: أحدهما عن طريق المنطوق، والثاني (وهو حكم النقيض من الأول) عن طريق مفهوم المخالفة، وذلك تبعاً لثبوت القيد وانتفائه.

والقيد هنا هو «**حتى تروا**» فحكم ما قبل الغاية مخالف لحكم ما بعدها، وإلّا[1] ما كانت الغاية مقطعاً.

وهذا المعنى الثابت بالمفهوم المخالف، قد جاء التصريح به من الرسول نفسه ﷺ: «**صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته**» فاتحد مآل مضمون الحديثين ـ كما ذكرنا ـ وصار مؤداه: «**إذا رئي الهلال فصوموا**».

فصح ما قلنا، من أن قول ابن عباس: «**هكذا أمرنا رسول الله**» شامل للحديثين، ولو كان منطوق أحدهما هو النهي؛ لأنه يدل على الأمر عن طريق مفهوم الغاية.

هذا، وقالوا أيضاً: الدليل على امتثال ابن عباس ـ لا اجتهاده ـ في تصور أصحاب هذا الاتجاه ما يستفاد من إشارة قوله: «**هكذا أمرنا رسول الله**» إذ المشار إليه هو قوله ﷺ: «**فلا نزال نصوم حتى نكمل الثلاثين، أو نراه**»[2].

٢ ـ واستدلوا بالمعقول:

أ ـ فقالوا: إن اختلاف المطالع سبب لتفاوت ميقات ولادة الشهر، تبعاً لكل مطلع على انفراد، والشهر هو السبب في وجوب أداء الصوم «**فانعقاده في حق قوم للرؤية،**

= أضعافاً مضاعفة جاز، لا يقال هذا؛ لأن القيد هنا ليس معتبراً في تشريع الحكم، فوجوده وعدمه سواء. راجع مفهوم المخالفة، في كتابنا «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» ص٢٩٥ وما يليها. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(١) المرجع السابق. (٢) المرجع السابق.

لا يستلزم انعقاده في حق آخرين، مع اختلاف المطالع، وصار كما لو زالت أو غربت الشمس على قوم دون آخرين»(١).

وهذا مؤدى اجتهاد الإمام الزيلعي في قوله: «والأشبه أن يعتبر ـ أي: اختلاف المطالع ـ لأن كل قوم مخاطبون بما عندهم، وانفصال الهلال عن شعاع الشمس يختلف باختلاف الأقطار»(٢).

ب ـ واستدلوا بالقياس على مطالع الشمس، فهي معتبرة إجماعاً من عهد النبوة، حتى يومنا هذا، إذ تختلف مواقيت وجوب أداء الصلوات، والإفطار في رمضان، والإمساك، تبعاً لاختلاف مطالع الشمس في الإفطار، فيقاس مطالع القمر على مطالع الشمس، بجامع أن كلًّا منهما أوضاع كونية، تؤثر في اختلاف أوقات العبادات وانعقاد الأهلة.

ويشير إلى هذا المعنى فريق من فقهاء الشافعية، والحنفية، والحنابلة، والمالكية.

فيقول الإمام الزيلعي ـ على سبيل المثال ـ في هذا الصدد: «انفصال الهلال عن شعاع الشمس ـ ولادة الهلال ـ يختلف باختلاف الأقطار، كما أن دخول الوقت ـ وقت الصلاة ـ وخروجه، يختلف باختلاف الأقطار»(٣).

«إذا ثبت هذا، فإن كل قوم قد خوطبوا بمطلعهم ومغربهم، وبما ثبت من رؤيتهم، لاختلاف مطالعهم بتباعد أقطارهم»(٤).

---

(١) هذا، وإذا كان ثبوت الشهر سبباً لوجوب أداء الصوم، فإن قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾ [البقرة: ١٨٣] يفيد شَغْل الذمة بوجوب الصوم، وفرق بين الوجوب، ووجوب الأداء، على ما هو مقرر في علم الأصول. «المبسوط» للسرخسي: (٣/ ٥٤ وما يليها)، و«نيل الأوطار»: (٤/ ٢١٧). هذا الدليل مستنتج استنتاجاً من وجوه استدلالهم.

(٢) المرجع السابق، و«المجموع شرح المهذب»: (٦/ ٢٢٧).

(٣) «تبيين الحقائق»: (١/ ٣٢١)، و«القوانين الفقهية» لابن جزيّ.

(٤) الواقع أن شرط التباعد الذي قال به فريق من فقهاء المذاهب المختلفة على النحو الذي بينا، هو شرط أنتجه الدليل العقلي، كما أسلفنا؛ إذ يحكم العقل بأن اختلاف المطالع بالنسبة للأقطار، إنما يكون ـ في الواقع ـ ناجماً عن تباعدها؛ إذ البلاد المتقاربة تتحد مطالعها غالباً.

ج ـ واستدل السبكي[١] على أن اختلاف المطالع معتبر، بعمل الخلفاء الراشدين. إذ لم يثبت أنهم كانوا يكتبون إلى الآفاق إذا رؤي الهلال في أفق من الآفاق الإسلامية، حتى يلزموهم بها، فدل ذلك على عدم لزوم أهل بلد لم يروا الهلال برؤية غيرهم، ولو كان لازماً لهم لأبلغوهم؛ إذ لا يتصور إهمالهم لأمور الدين[٢].

الاتجاه الثاني ـ «لا عبرة باختلاف المطالع»

أدلتهم:

أولاً ـ قوله ﷺ: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته»[٣].

فقد علق الشارع الخطاب العام ـ عموم الحكم ـ في قوله ـ عليه السلام ـ: «صوموا» بمطلق الرؤية.

ومن المقرر أصوليًّا: أن «المطلق يُجْرَى على إطلاقه»[٤] ما دام لم يرد ما يقيده، والمطلق يتحقق في أي فرد من أفراده الشائعة في جنسه، بمعنى: أنه إذا تمت رؤية قوم أو عدل أو عدلين للهلال في أي مطلع من مطالعه في الأقطار الإسلامية، فقد تحقق مسمَّى الرؤية، فثبت ما تعلق به من عموم الحكم[٥]، فيعم الوجوب المسلمين في سائر

(١) «رسالة العلم المنشور في إثبات المشهور» ـ وراجع بحث المرحوم الشيخ علي السايس ـ في «مجلة البحوث الإسلامية» بالأزهر ـ المؤتمر الثالث ص٩٥ وما يليها.

(٢) والواقع أن هذا الاستدلال العقلي على الإجماع اللزومي، لا يثبت في مواجهة مخالفة جمهور الفقهاء صراحة، فهو استنتاج لا يقوى على مجابهة الاستدلال السديد بالكتاب والسنة.

(٣) أخرجه البخاري: ١٩٠٩، ومسلم: ٢٥١٦، وأحمد: ٩٥٥٦، من حديث أبي هريرة.

(٤) يُجْرَى ـ بضم الياء وسكون الجيم وفتح الراء ـ مبني للمجهول ـ من أجرى، ومعنى القاعدة: أن اللفظ المطلق يفسر ويفهم ويطبق على إطلاقه دون تقييد إلّا بدليل؛ إذ التقييد خلاف الأصل، فالشارع إذ لم يورد دليلاً على التقييد، فقد أراد تحكيم المنطق اللغوي.

(٥) «رد المحتار» لابن عابدين: (٢/ ٢٩٣): الطبعة الثانية ـ مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٦ م بالقاهرة.

هذا، وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا بد من شهادة عدلين فأكثر لثبوت الرؤية، بينما اكتفى بعضهم بشهادة العدل الواحد. «الشرح الكبير للدسوقي»: (١/ ٥٠٩ ـ ٥١٠).

أقطارهم، دونما اعتبار لاختلاف مطالعهم، مهما تباعدت، وصار معنى الحديث الشريف: صوموا إذا تحققت رؤية الهلال، أيًّا كان موقعها، عملاً بالإطلاق.

وفي هذا المعنى يقول الحطاب في «مواهب الجليل» (في الفقه المالكي) ما نصه: «إن الحكم بثبوت رمضان، يعم كلَّ من نُقل إليه، إذا نقل بشهادته عدلين، أو باستفاضة، وسواء كان ثبوته عند حاكم عام كالخليفة، أو خاص، كالأمير والقاضي على المشهور»[١].

وهذا هو المشهور أيضاً عند الحنفية والحنابلة.

فقد جاء في «رد المحتار» لابن عابدين (في فقه الحنفية): «وظاهر الرواية، الثاني ـ أي: الرأي الثاني الذي لا يَعْتَدُّ باختلاف المطالع ـ وهو المعتمد عندنا، وعند المالكية والحنابلة[٢]، لتعلق الخطاب عامًّا بمطلق الرؤية في حديث: «صوموا لرؤيته»[٣].

وجاء في رسائله قوله: «لكنَّ المعتمد الراجح عندنا أنه لا اعتبار به ـ باختلاف المطالع ـ وهو ظاهر الرواية، وعليه المتون، كـ«الكنز» وغيره، وهو الصحيح عند الحنابلة، كما في «الإنصاف»، وكذا هو مذهب المالكية»[٤].

ويقول العلامة الكمال: «وإذا ثبت في مصر ـ بلد ـ لزم سائر الناس، فيلزم أهل المشرق برؤية أهل المغرب، في ظاهر المذهب»[٥].

---

(١) «الشرح الكبير»: (١/ ٥٠٣ ـ ٥١٠).

(٢) وأشرنا آنفاً إلى أن الكاساني والزيلعي من أئمة الحنفية قد خالفا جمهورهم، حيث قالا باختلاف المطالع. «البدائع»: (٢/ ٨٣)، و«تبيين الحقائق»: (١/ ٣٢١). وأما قول الحطاب: إذا نقل بشهادته عدلين أو باستفاضة، فذلك عمل بالأصل العام الذي يقضي بأن الأقطار الإسلامية يجب أن يَعْمَل بعضها بخبر بعض في الأحكام الشرعية، ومن جملتها الرؤية، كما يقول الإمام الشوكاني. «نيل الأوطار»: (٤/ ١٨ وما يليها).

(٣) «رد المحتار»: (٢/ ٣٩٣).

(٤) «رسائل ابن عابدين»: (١/ ٢٥١ ـ ٢٥٢)، و«فتح القدير»: (٢/ ٥٣ وما يليها). وجاء في «الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي»: (١/ ٥١٠) ما نصه: «أو برؤية عدلين الهلال ـ أي: يثبت وجوب الصوم ـ وعمَّ الصوم سائر البلاد قريباً أو بعيداً، ولا يراعى في ذلك مسافة قصر، ولا اتفاق مطالع ولا عدمها، فيجب الصوم على كل منقول إليه، إن نقل ثبوته بالعدلين».

(٥) «المغني»: (٣/ ٧).

وصرّحَ بذلك ابن قدامة الحنبلي بقوله: «وإذا أى الهلال أهل بلد، لزم جميع البلاد الصوم».

وقال: «وهو قول الليث، وبعض أصحاب الشافعي[١]، ومذهب جمهور المالكية»[٢].

هذا، وإذا كان معنى الحديث ـ كما فهمه أصحاب هذا الاتجاه ـ صوموا إذا تحققت رؤية الهلال، أيًّا كان مطلعه، للإطلاق، فإن أصحاب الاتجاه الأول قد قيدوه بالدليل العقلي، وهو أن تباعد الأقطار يقضي ـ في الواقع ـ باختلاف المطالع، دون تقاربها عادة، ولكن، هل يصلح هذا الدليل العقلي لتخصيص العام، أو تقييد المطلق أصوليًّا؟

وستأتي المناقشة في ذلك.

على أن بعضهم يرى أن إطلاق الحديث السابق «**صوموا لرؤيته**» مقيد بحديث آخر، هو قوله ﷺ: «**لا تصوموا حتى تروا الهلال**... الحديث»[٣]. وسنرى أن مآل الحديثين متحد مضموناً على ما تقضي به القواعد الأصولية في تفسير النصوص.

ثانياً ـ واستدل ابن قدامة من الحنابلة بقوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥].

فقال: «وقد ثبت أن هذا اليوم من الشهر، بشهادة الثقات، فوجب صومه على جميع المسلمين».

ومضى في الاستدلال إلى مدى أبعد، فقال: «إذا كان المفروض هو صوم الشهر

---

(١) والواقع أن للمالكية أقوالاً ثلاثة منها: المعتمد، وهو ما قدمنا ـ والثاني: أنه إذا ثبتت الرؤية عند حاكم خاص، فإنه لا يعم الحكم إلّا من في ولايته فقط، وهو رأي لابن الماجشون ـ والثالث: يعتبر اختلاف المطالع بالنسبة للبلاد البعيدة، وهو الأصح عند جمهور الشافعية، وبعض الحنفية، وبعض الإمامية والزيدية، وعليه الصنعاني.

(٢) «مواهب الجليل» للحطاب، و«القوانين الفقهية» لابن جزيّ، و«المجموع شرح المهذب» للنووي: (٦/ ٢٢٦ وما يليها) «تبيين الحقائق»: (١/ ٣٢١)، و«البدائع»: (٢/ ٨٣).

(٣) أخرجه البخاري: ١٩٠٦، ومسلم: ٢٤٩٨، وأحمد: ٢٢٩٤، من حديث ابن عباس.

في حق المسلمين، وهو ثابت بالنص والإجماع، فإذا ثبت أن هذا اليوم منه، كان ثابتاً وجوب صومه في حق المسلمين بالنص والإجماع أيضاً»[(١)].

شهود الشهر في قوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ ليس مقصوداً به خصوص رؤية الهلال من المكلف، بل إقامته وحضوره في بلده وبين أهله، والعلم به

هذا، ومن المعلوم أنْ ليس المراد بقوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ خصوص رؤية الهلال، بل المراد هنا العلم بالشهر، وحضوره.

وعلى هذا، فمعنى الآية الكريمة مَن حَضَرَ شهر رمضان[(٢)] مقيماً في بلده، بين أهله، وعلم بثبوته، فعليه أن يصوم متى كان صحيحاً معافى، وأهلاً للتكليف بالصوم، بدليل ما اقترن به مباشرة من قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

وحاصل الاستدلال عند ابن قدامة، أنَّ العبرة بثبوت الشهر نفسه من أي مطلع كان، ذلك لأن الشارع أناط عموم الحكم ـ وهو وجوب الصوم ـ بثبوت الشهر نفسه، بشرط العلم به[(٣)] وحضوره[(٤)]، لما قدمنا من أن شهود الشهر في الآية

(١) «المغني»: (٢/ ٧ ـ ٨) بنوع تصرف للإيضاح.

وراجع في هذا المعنى أيضاً: «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»، للدردير، في الفقه المالكي، إذ ذهب إلى عدم اعتبار اختلاف المطالع.

(٢) المرجع السابق.

(٣) أكد القرطبي هذا المعنى في تفسيره، فجعله عنواناً لمسألة: «قد تقرر أن فرض الصوم مستحق، بالإسلام، والبلوغ، والعلم بالشهر».

«الجامع لأحكام القرآن»: (٢/ ٣٠٠) ـ الطبعة الثالثة ـ دار الكتاب العربي.

(٤) وكذلك «الحضور» بمعنى إقامة المكلف في بلده وأهله، قال علي بن أبي طالب، وابن عباس، وسويد ابن غفلة، وعائشة ـ أربعة من الصحابة ـ: من شهد أي: من حضر دخول الشهر وكان مقيماً في أوله في بلده، وأهله. «المرجع السابق»: (٢/ ٢٩٩). وجاء في «تفسير الطبري» ـ «جامع البيان» ـ: «من دخل عليه شهر رمضان، وهو صحيح عاقل بالغ، فعليه صومه» وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه.

وعن السدي: «فمن دخل عليه رمضان، وهو مقيم في أهله، فليصمه». «تفسير الطبري»: (٣/ ٤٥٠ ـ ٤٥٤) ـ تحقيق محمود محمد شاكر ـ طبع دار المعارف بمصر.

الكريمة، ليس المقصود به خصوص رؤية الهلال من كل مكلف على انفراد، إجماعاً؛ لأن وجوب التماس الرؤية على الكفاية، ولا من خصوص قوم أو أهل ناحية على الصحيح(١).

ونرى أن مآل هذا الاستدلال هو عين ما ذهب إليه جمهور الحنفية والمالكية، بمعنى أن ثبوت هلال رمضان (الرمضانية) لا يتعدد بتعدد المطالع، بل يثبت بمطلق الرؤية.

فالرؤية الممكنة(٢) إذن ـ في اجتهادهم ـ مطلقة لا نسبية(٣)، وهي التي أناط الشارع بها عموم الخطاب، فيثبت بها عموم الحكم المتعلق بها، وهو الوجوب على المسلمين، كما أسلفنا(٤).

ثالثاً ـ واستدلوا بالمعقول:

أ ـ قالوا: إن شهر رمضان بين هلالين(٥)، وقد ثبت أن هذا اليوم من شهر رمضان

---

(١) وراجع أيضاً كُتيِّباً أصدرته «مجلة الأزهر»، تضمن بحثاً في اختلاف المطالع، للشيخ عبد الرحمن تاج ـ شيخ الأزهر سابقاً ـ «نيل الأوطار»: (٤/ ٢١٦ وما يليها).

(٢) وإنما قلنا: إن «المناط» هو «إمكانية الرؤية» إذ ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] فقد تكون رؤية الهلال غير ممكنة في بعض الأقطار، بينما الهلال قد ولد فعلاً، بتحركه عن مركز «المَحاق» وهو الوضع الذي يوجد فيه القمر على مستوى أفقي يصل مركز محيطه بمركزي الشمس والأرض، ولكن لا تمكن رؤيته في بعض البلاد، لأسباب منها: سرعة اختفائه وراء الأفق الغربي، إثر مُكثه بعد الغروب بدقائق معدودة، أو لأسباب أخرى من الظواهر الكونية، أثراً لسير الكواكب وتحركها، وسيأتي فضل بيان لهذا في المناقشة.

(٣) أما الرؤية «المطلقة» فهي التي تتم في أي مطلع من مطالع القمر في الأقطار الإسلامية، فحيثما تثبت الرؤية تثبت رمضانية الشهر، ويثبت وجوب الصوم على المسلمين كافة، وهذا هو محط استدلال الحنابلة والجمهور من الحنفية والمالكية.

وأما «النسبية»، فهي الرؤية التي تثبت بالنسبة لكل بلد من البلاد المتباعدة على انفراد، ويختلف ميقاتها، ويلزم عن ذلك تعددها بتعدد المطالع المختلفة، فلكل قوم مطلعهم.

(٤) المراجع السابقة.

(٥) أي: وليس بين عدة أهِلَّة حتى يقال بتعدد المطالع.

بشهادة الثقات[١]، بل قد ثبت أنه منه في سائر الأحكام، من حلول الدَّيْن، ووقوع الطلاق[٢]، والعتاق، ووجوب النذر، وغير ذلك من الأحكام، فليكن كذلك في حق وجوب الصوم على المسلمين، أي: والتفرقة تحكُّم، لا تقوم على دليل.

ومفاد هذا، أن الشهر قد ثبتت ولادته برؤية الثقات للهلال في أول ليلة منه، في أي مطلع من مطالع الأقطار الإسلامية، فثبتت «رمضانيته» فوجب الصوم في حق المسلمين كافة، لتعلق الوجوب بثبوت انعقاد الشهر، كما تعلق به سائر الأحكام الشرعية الأخرى.

ب ـ أن «العلة» إذا كانت هي «مطلق الرؤية» استوى بعد ذلك القرب والبعد[٣] بين الأقطار؛ إذ اشتراط التباعد تقييد، ولا دليل عليه، لكونه زيادة على النص.

فالعبرة بانعقاد الشهر، وهو يثبت برؤية هلاله، لا بتعدد مطالعه؛ إذ الشهر بين هلالين: هلال أول ليلة من رمضان، وهلال أول ليلة من شوال، وليس بين مجموعة من الأهلَّة في مطالع متعددة، فولادة الشهر لا تتعدد.

تلك أهم عناصر الأدلة التي اعتمدها أصحاب هذا الاتجاه الثاني.

منشأ الخلاف:

علمت أن الفقهاء قد اتفقوا على اختلاف المطالع ـ في حد ذاته ـ ظاهرة كونية واقعية ومحسوسة، لا سبيل إلى إنكارها.

واتفقوا كذلك على أن «الرؤية» قد تكون «ممكنة» بالنسبة لبعض الأقطار، و«غير ممكنة» بالنسبة إلى البعض الآخر.

---

(١) والأصل العام أن الأقطار الإسلامية يجب أن يعمل بعضها بخبر بعض وشهادته، إذا نقل إليها بطريق مأمون موثوق به، في حق الأحكام الشرعية، والرؤية من جُملتها، كما أشرنا. والتفرقة تحكم، وليس ثمة من دليل يوجب تخصيص الرؤية من هذا الأصل العام إلّا حديث كُرَيْب، وستأتي المناقشة فيه. «نيل الأوطار» للشوكاني: (٤/ ٢١٧ وما يليها).

(٢) إذا كان معلقاً على دخول رمضان.

(٣) وهذا هو الذي ينبغي أن يلحظ في استدلالهم، وليس المراد قياس البعد على القرب كما ذهب إلى ذلك بعض الكاتبين المحدثين.

واتفقوا أيضاً على أن الشارع أناط الحكم العام بوجوب الصوم، بالرؤية الممكنة؛ إذ لا تكليف إلّا بمقدور، وبقدر السَّعَة، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك في «صفة الرؤية الممكنة» إلى اتجاهين.

فمنشأ الخلاف إذن هو: «صفة الرؤية الممكنة التي ينعقد بها الشهر شرعاً، هل هي نسبية أو مطلقة؟».

ومعنى كونها «مطلقة» أنها حيثما ثبتت بشهادة الثقات العدول ـ بل برؤية عدل واحد في بعض المذاهب أو عدلين[١] ـ في أي مطلع من مطالع الهلال في الأقطار الإسلامية، فقد ثبتت ولادة الهلال في حق المسلمين كافة.

ونتناول فيما يلي هذين الاتجاهين بالنقد العام، والمناقشة والترجيح.

أ ـ ما وجه إلى الاتجاه الثاني من النقد الأصولي:

يرد على هذا الاتجاه من النقد، أن مطلق الرؤية في حديث: «**صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته**»[٢] مقيد برواية أخرى في البخاري ومسلم: «**لا تصوموا حتى تَرَوا الهلال، ولا تُفطروا حتى تروا الهلال...**»[٣] حيث علق الحكم في هذا الأخير على رؤية كلِّ مخاطب، والسنة هي التي جعلت رؤية البعض وشهادتهم، قائمة مقام رؤية الكلّ، فيعمل بهذا القدر في البلاد المتقاربة، فتخصص من عموم الحديث.

وأما ما عداها من البلاد المتباعدة، فتبقى على مقتضى عمومه، من وجوب أن يلتمس أهل كل بلد رؤية الهلال في مطلعه عندهم، فمناط وجوب الصوم في كلٍّ منها، هو رؤيتهم للهلال في مطلعهم على الخصوص، للتباعد.

هذا أهم نقد وجه إلى الاتجاه الثاني، وستأتي المناقشة فيه[٤].

---

(١) «المغني»: (٣/٧ وما يليها) ـ «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» للدردير: (١/٥٠٩ ـ ٥١٠).

(٢) أخرجه البخاري: ١٩٠٩، ومسلم: ٢٥١٦، وأحمد: ٩٥٥٦، من حديث أبي هريرة.

(٣) أخرجه البخاري: ١٩٠٦، ومسلم: ٢٤٩٨، وأحمد: ٢٢٩٤، من حديث ابن عباس.

(٤) راجع أدلة الاتجاه الأول التي تضمنت هذا المعنى من النقد للاتجاه الثاني.

ب ـ مناقشة أدلة الاتجاه الأول وتقديرها أصوليًا:

أولاً ـ يتجه من النقد على هذا الاتجاه، أن «التباعد» الذي اشترطه لا سند له من الشرع ينهض به، وإنما أنتجه الدليل العقلي المحض، بدليل اختلاف فقهاء هذا الاتجاه في «ضابطه» اختلافاً شديداً على النحو الذي رأينا، مما يوهن من أصل الاحتجاج به، والتعويل عليه.

وعلى هذا، فاختلاف ميقات ثبوت هلال رمضان بتباعد البلدان، أمر لا دليل عليه شرعاً.

نعم! اختلاف المطالع ـ في ذاته ـ أمر ثابت وقوعاً، باعتباره من الظواهر الكونية المشاهدة، كما أسلفنا، غير أنا نبحث في حكمه، ومدى اعتباره شرعاً أو عدم اعتباره في ثبوت الأهلة، وما يتعلق بها من أحكام شرعية.

ففرق بين الأمر الواقع وبين حكمه شرعاً.

ثانياً ـ لا يقال: إن التباعد يوجب اختلاف المطالع، وهو بالتالي يوجب اختلاف ميقات الرؤية في البلدان المتباعدة؛ لأن هذا هو أصل النزاع، والدعوى لا تؤخذ في الدليل، وإلّا كان مصادرة، والمصادرة ينهار بها الاستدلال، لأن الدعوى ليست دليلاً، وإنما هي موضوع البحث الذي يفتقر إلى الدليل[1].

ثالثاً ـ ويتجه عليهم في حديث «كُرَيْب» أنه لا متمسك لهم فيه، من قِبَلِ[2] أن الشارع قد ربط عموم الخطاب بمطلق الرؤية، في قوله ﷺ صراحة: **«صوموا لرؤيته»** فحيثما ثبتت الرؤية في أي مطلع من المطالع في الأقطار الإسلامية، فقد تحقق مسمى الرؤية[3]، عملاً بالإطلاق، وثبت بالتالي ولادة الهلال فعلاً، فثبت ما تعلق بها من عموم الحكم، وهو وجوب الصوم على المسلمين كافة، لتحقق مناطه.

---

(١) «المصادرة» عند علماء البحث والمناظرة: أخذ الدعوى في الدليل. والاستدلال بطريق المصادرة متهافت لا يصلح به الاستدلال، كإثبات حجيّة السنة بالسنة.

(٢) «قِبَلِ» ـ بكسر القاف وفتح الباء ـ أي: من جهة، ومن حيث.

(٣) ويقول ابن عابدين في هذا الصدد، ناقضاً الاتجاه الأول في استدلاله بحديث كريب: «ووجه الأول =

رابعاً ـ لا يقال: إن مطلق هذا الحديث: «**صوموا لرؤيته**» مقيد بقوله ﷺ: «**لا تصوموا حتى تروا الهلال**» لأنَّ هذا الأخير، يصلح قيداً لو كان الخطاب فيه يختص بكل قوم في بلدهم، ولكن الخطاب الشرعي عام[1]، موجه إلى عموم المخاطبين، فمآل مضمون الروايتين متحد، كما بيَّنا، فلا اختلاف بين نص الروايتين من حيث الإطلاق، والاستدلال بهذا الأخير على التعميم أظهر منه على الخصوص، ويصبح المعنى فيهما: «صوموا إذا رُئي الهلال» أو «لا تصوموا حتى تقع منكم رؤية للهلال» دون تخصيص الرؤية بكل قوم في بلدهم على انفراد، ولا إلى فرد بخصوصه؛ إذ من المقرر إجماعاً أنْ ليس كل فرد من المسلمين مكلفاً برؤية الهلال، ولا معلقاً وجوب صومه على رؤيته هو بمفرده، بل التماس الرؤية فرض على الكفاية[2] ـ كما أسلفنا ـ ولذا يثبت وجوب الصوم برؤية وشهادة[3] عدل واحد منهم، أو عدلين على الخلاف في ذلك[4].

وأما قوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُۖ﴾ [البقرة: ١٨٥] فقد علمت أن شهود الشهر هنا بمعنى حضوره والعلم به، لا رؤية هلاله.

والخلاصة: أن الخطاب في الحديثين عام، وهما مما حفظه ابن عباس رضي الله عنه وليس أيٌّ منهما موجهاً إلى كل قوم في بلدهم، أو كما يقول الإمام الشوكاني: «لا يختص بأهل ناحية على جهة الانفراد، بل هو خطاب لكل من يصلح له من المسلمين،

= ـ أي: اتجاه القائلين بأن لا عبرة باختلاف المطالع ـ عموم الخطاب في قوله ﷺ: «صوموا» معلقاً بمطلق الرؤية في قوله: «لرؤيته» وبرؤية قوم يصدق اسم الرؤية، فيثبت ما تعلق به من عموما لحكم، فيعم الوجوب، أي: جميع المسلمين في أقطارهم المختلفة تباعدت أم تقاربت. «مجموعة الرسائل»: (١/ ٢٥١).

(١) «نيل الأوطار» للشوكاني: (٤/ ٢١٧).

(٢) «فتح القدير»: (٢/ ٢١٧).

(٣) بعض الفقهاء اشترطوا شهادة أكثر من واحد عدل، كما أشرنا.

(٤) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (١/ ٥٠٩ ـ ٥١٠).

فالاستدلال به على لزوم رؤية أهل بلد لغيرهم من أهل البلاد، أظهر من الاستدلال به على عدم اللزوم»[(١)].

فتبين لنا أن استدلال ابن عباس بقوله: «هكذا أمرنا رسول الله» هو محض اجتهاد منه، وفهم الصحابي ليس بحجة، إلّا أن يكون إجماعاً من الصحابة، رضوان الله عليهم، ولم يقع، ولو وقع لما اختلف الفقهاء هذا الاختلاف الشديد.

خامساً - أما استدلال السبكي بما يومئ أن يكون ثمة إجماع الصحابة على اعتبار اختلاف المطالع، بقوله: «لأن عمر بن الخطاب، وسائر الخلفاء الراشدين، لم ينقل أنهم كانوا إذا رأوا الهلال يكتبون إلى الآفاق، ولو كان لازماً لهم لكتبوا إليهم لعنايتهم بأمور الدين» فلا يصلح دليلاً؛ لأنه مجرد استنتاج عقلي في مقابلة النص[(٢)]، وأيضاً عدم توفر سبل المواصلات كان حائلاً ماديًّا دون ذلك؛ إذ كان يستغرق الاتصال بالأقطار الإسلامية النائية يومئذ ثلاثة أشهر أو أكثر، فلا يتحقق الاتصال بها إلّا بعد رمضان بزمن طويل، فكيف يتأتى التكليف بمثل هذا شرعاً؟

فكان ذلك عائقاً ماديًّا جديراً باعتبار أثره، ومحالٌ أن يقع التكليف بمثله؛ إذ لا يتحقق به القصد الشرعي، وكل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل.

سادساً - على أن الاتجاه الأول يشترط «البعد» - كما علمت - لأنه هو الذي يتصور معه اختلاف المطالع، وهم وإن اختلفوا في ضابطه، إلّا أن الأصح عندهم ما كان شاسعاً، وقد رأوه ما بين الحجاز والأندلس، فلا يصلح إذن الاحتجاج بحديث «كُرَيْب» وبما فهمه ابن عباس ﷺ بقوله: «هكذا أمرنا رسول الله» لأن شرط البعد لم يتحقق فيه، فكان هذا الحديث خارجاً عن محل النزاع في اجتهادهم؛ لأن موقع المدينة من الشام قريب.

---

(١) «نيل الأوطار»: (٤/٢١٨)، و«فتح القدير» لكمال بن الهمام: (٢/٥٣).

(٢) أعني قوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ وقد رأيت وجه الاستدلال به عند ابن قدامة في كتابه «المغني»، وقوله ﷺ: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته...».

هذا، وعلى فرض تمسكهم به مع تخلف شرطهم، يلزمهم القول باعتبار المطالع على القرب، وهو خلاف مذهبهم، هذا شيء.

سابعاً ـ وشيء آخر، هو أن هذا القرب فيما بين المدينة والشام بما لا يوجب اختلاف المطالع واقعاً، دليلٌ على أن رفض ابن عباس ﷺ كان لا مسوغ له، ولا موجب، ومحالٌ أن تأتي السنة بمثل هذا المعنى الذي يوجب اعتبار اختلاف المطالع، مع القرب[1]، فثبت أنه كان محض اجتهاد منه في فهم الحديث، واجتهاد الصحابي ليس حجة على نصوص الشرع، ولا على إلزام المكلفين بهذا الاجتهاد الخاص وإلّا كان الصحابي مشرعاً، ولانْقَطَعَ الاجتهاد من بعده، ولا يقول بهذا أحد.

ثامناً ـ فإن قال قائل: إن مراد ابن عباس ﷺ أن الالتزام برؤية أهل الشام مخالف لعمل أهل المدينة، وعملهم أولى أن يُتَّبع، أُجيب عن هذا بأن الحجة ـ كما تعلم ـ في كتاب الله، وسنة رسوله، فيما روي عنه ﷺ من الثابت الصحيح.

تاسعاً ـ أن الأصل العام الثابت الذي نهضت به الأدلة، قاضٍ بوجوب أن يعمل أهل الأقطار بعضهم بخبر بعض، وشهادته، في جميع الأحكام الشرعية، والرؤية من جملتها[2] سواء أكانت متقاربة أم متباعدة.

ولو سلم تخصيص حديث «كريب» لهذا العموم، فحينئذ يجب الاقتصار على مورد النص؛ لأنه على خلاف القياس[3]، فلا يجوز إلحاق غير أهل المدينة بها، وعند ذلك لا تفهم الحكمة الإلهية من هذا التخصيص، فتكون «العلة» غير معقولة المعنى لأن مؤدَّى ذلك ألا تلتزم المدينة وحدها، دون غيرها من الأقطار برؤية أهل الشام، وهو أمر شديد على العقل أن يسلم به.

---

(١) إذ لا قائل به إجماعاً.

(٢) «نيل الأوطار»: (٤/٢١٧ ـ ٢١٨)

(٣) وذهب ابن أبي ليلى إلى أن ما ثبت على خلاف القياس، يجوز القياس عليه. «السرخسي»: (٣/٥٤ وما يليها).

ولو سُلِّم الإلحاق بقياس سائر الأقطار على المدينة، فمقتضى ذلك أنه يجب أن يكون بينها من البعد ما بين المدينة والشام، أو أكثر، وحينئذ يقال: ما دليل من ذهب إلى اعتبار الناحية، أو مسافة القصر في المنع من العمل بالرؤية؟[(١)].

عاشراً ـ على أن حديث «كريب» ورد بصيغة مجملة؛ إذ لم يورد ابن عباس فيه لفظ النبي ﷺ ولا معنى لِلَفظِهِ، روايةً بالمعنى، حتى ينظر في عمومه وخصوصه، فأنَّى يصلح الاحتجاج بمثل هذا في تقييد مطلق، أو تخصيص عام؟

حادي عشر ـ حديث «كريب» إذن بما هو فهم صحابي، وبإجماله، لا يعتد به من حيث مخالفته لمقتضى النص الصريح، في قوله ﷺ: **«صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته»** حيث علق عموم الحكم على مطلق الرؤية[(٢)]، والحجة في صريح قول النبيّ ﷺ لا بما فَهِمَ منه الصحابي، وقد علمت أن جمهور الفقهاء قد نازعوه هذا الفهم.

ثاني عشر ـ ويتجه عليهم في المعقول من احتجاجهم، بأن ظهور الهلال في مطلع قوم، لا يستلزم ظهوره في مطلع قوم آخرين؛ لأن انفصال الهلال عن الشمس يختلف باختلاف الأقطار، فكانت مطالع القمر كمطالع الشمس، فإذا أوجبت هذه الأخيرة اختلاف مواقيت العبادة في الأقطار المتباعدة إجماعاً، فكذلك مطالع القمر، أقول: يتجه على هذا النظر أنه قياس مع الفارق، لأمرين:

أحدهما: للواقع الوجودي الكوني للكواكب الذي تنشأ عنه الظواهر الكونية الفلكية، ما يجعل لأحدهما وضعاً كونيًا مطلقاً، ويجعل لغيرها وضعاً نسبيًا بالنسبة لأهل الأرض.

الثاني: لدفع الحرج في الدين.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) «الرسائل» لابن عابدين: (١/ ٢٥١).

بيان الأول: أن الشمس في وضعها الفلكي تواجه الأرض مباشرة كل يوم، ولكنها تواجهها بالتدريج، بالنظر لكروية الأرض، ودورانها حول نفسها، فيكون مشرقها وزوالها ومغربها نسبيًّا، يختلف باختلاف مواقع الأقطار على الكرة الأرضية، من حيث خطوط الطول أو العرض، مما يترك أثره في اختلاف مواقيت العبادة، في هذه الأقطار، إجماعاً.

إذن مطلع الشمس نسبي.

وليس كذلك القمر.

إذ من المقرر فلكيًّا أن مولد القمر يبدأ بخروجه من المحاق[1]، أي: يبدأ بتحركه بعد أن كان متوسطاً بين الشمس والأرض، ينتظم كلًّا منهما خط أفقي يصل بين مراكزها ـ مراكز محيطاتها ـ الثلاثة، وهو وضع كوني مطلق، لا يختلف باختلاف الأقطار، وظاهرة كونية لا تتأثر باختلاف أجزاء الأرض، تباعداً أو تقارباً، فلا معنى إذن لافتراض النسبية.

إذن تبتدئ ولادة القمر ـ كما قلنا ـ بتحركه من مركز المحاق، فتبدو بهذا التحرك حافَتُهُ الهلالية المنيرة، فإذا أمكنت رؤيتها في أي مطلع من الأقطار الإسلامية، فقد ثبتت ولادة القمر شرعاً، وانعقد الشهر في حق المسلمين جميعاً.

إذن، ولادة القمر ليست نسبية، بل مطلقة[2]، بخلاف الشمس.

وعلى هذا، يمكن إدراك موطن الضعف في اجتهاد الإمامين الزيلعي والكاساني، وغيرهما، من حيث تصورهم لمطلع القمر كمطلع الشمس، في حين أنهما مختلفان وضعاً كونيًّا، بالنسبة لأهل الأرض، الأمر الذي جعل أحدهما مطلقاً، والآخر نسبيًّا، كما بينا.

هذا، ولو كان مطلع القمر كمطلع الشمس، أمراً نسبيًّا كما تصوروا، لما وقع اختلاف شديد بين الأئمة؛ لأن مطلع الشمس نسبي بالإجماع.

---

(١) هو الوضع الذي يكون فيه القمر مظلماً في الليلة الثامنة والعشرين وما يليها.

(٢) «الفتاوى الواضحة» للأستاذ محمد باقر الصدر: (٥٠٨/١ وما يليها).

ومن هنا يبدو الإعجاز البياني والعلمي للكتاب العزيز، حيث أناط عموم الخطاب بمطلق الرؤية، تبعاً لوضع القمر الذي تحدد على نحو مطلق أيضاً: ﴿سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِى ٱلْءَافَاقِ وَفِىٓ أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ﴾ [فصلت: ٥٣].

الرد على الإمام الزيلعي:

على أن الإمام الزيلعي أقر بأنه قد خالف في اجتهاده هذا ـ نتيجة لتصوره وضع القمر كوضع الشمس فلكيًّا ـ أقول: قد خالف في اجتهاده جمهور فقهاء المذهب الحنفي بوجه خاص، فضلاً عن جمهور فقهاء المسلمين، ففي متن «الكنز» الذي يشرحه ما نصه: «ولا عبرة باختلاف المطالع» ثم جاء الإمام الزيلعي نفسه بلفظ يشعر بضعف القول[١] بما يخالف ذلك، بقوله: «وقيل: يعتبر» ثم قال: . . . وأكثر المشايخ على أنه لا يعتبر، حتى إذا صام أهل بلدة ثلاثين يوماً، وأهل بلدة أخرى تسعة وعشرين يوماً، يجب عليهم قضاء يوم[٢].

ويشير ابن عابدين إلى أن ظاهر المذهب، وما عليه المتون في المذهب الحنفي، أنْ لا عبرة باختلاف المطالع بقوله: «لكن المعتقد الراجح عندنا، أنه لا اعتبار به، وهو ظاهر الرواية، وعليه المتون، كما في «الكنز»، وغيره، وهو الصحيح عند الحنابلة، كما في «الإنصاف» »[٣].

وكذا هو مذهب المالكية. . .[٤].

ويتجه عليهم في القياس[٥] أيضاً أن الشارع الحكيم ـ فيما يتعلق بثبوت الهلال، وانعقاد الشهر ـ قد علق الخطاب بمطلق الرؤية، على ما بينا، بخلاف مطلع الشمس،

---

(١) إذ جاء مبنيًّا للمجهول، مما يشعر بضعف المقول.

(٢) «تبيين الحقائق»: (١/ ٣٢١).

(٣) «المغني» وغيره.

(٤) «الرسائل»: (١/ ٢٥١)، و«حاشية الدسوقي»: (١/ ٥٠٩ ـ ٥١٠).

(٥) أي: قياس مطلع القمر على مطلع الشمس، بجامع أن كلًّا منهما كوكب ذو وضع كوني يؤثر في اختلاف المطالع، على مواقيت العبادة وثبوت الأهلة.

من حيث شروقها وزوالها وغروبها، «لم يثبت تعلق عموم الوجوب بمطلق مسماه» في خطاب من خطابات الشارع، ولو تعلق عموم الخطاب بمطلق مسمى الأوقات، لزم الحرج، لتكررها كل يوم، بخلاف الهلال، فإنه في السنة مرة[١].

الثابت في علم الفلك، أن أقصى مدة بين مطلع القمر في أقصى قطر إسلامي، ومطلعه في أقصى قطر إسلامي آخر، في قارتي آسيا وأفريقيا، لا تزيد عن تسع ساعات[٢]:

على أن علماء الفلك قد أثبتوا أن أقصى مدة للتباعد بين قطرين إسلاميين في قارتي آسيا وأفريقيا، لا تزيد عن تسع ساعات، مما جعل توحيد البدء بالصوم بينهما في يوم معين أمراً ممكناً؛ إذ يكونان مشتركين في أجزاء من الليل عند ثبوت الرؤية، والتبليغ بها، فيتمكنان من أداء الفريضة معاً، بدءاً من الليلة الأولى بنية الصوم، وتناول السحور قبل الفجر.

غير أنه إذا كان التباعد بين قطر إسلامي وآخر[٣] نائياً جدًّا، بحيث تستغرق المسافة الزمنية يوماً أو تزيد، وجب عندئذ اعتبار اختلاف المطالع بينهما، لهذا الوضع الخاص، ذلك لأن توحيد يوم البدء بالصوم في مثل هذه الصورة مُحال؛ إذ لا يتم ثبوت رمضانية الشهر بالنسبة لأحدهما إلّا وهم في رائعة النهار، أو في ضحاه، فأوجب هذا الوضع استثناء مثل ذلك القطر من عموم الحكم حتماً، لاستحالة التكليف بالأداء قبل ثبوت الوجوب في ذمتهم، وشَغْلها به، لعدم انعقاد الشهر في حقهم.

---

(١) هذا فضلاً عما بينا من اختلاف وضعيهما الكوني، بحيث جعل القمر ذا وضع مطلق، والشمس ذات وضع نسبي، بالنسبة لأهل الأرض ومواقع أقطارهم. «الفتاوى الواضحة» للأستاذ محمد باقر الصدر: (١/ ٥٠٨). «الرسائل»: (١/ ٢٥١ ـ ٢٥٢).

(٢) بحث المرحوم الأستاذ الشيخ محمد علي السايس، في «مجلة مجمع البحوث في الأزهر»، المؤتمر الثالث ص٩٥ وما يليها.

(٣) قد يكون غير إسلامي، وإن كان يقيم فيه بعض المسلمين.

إجماع الأئمة الأربعة على وجوب بدء الصوم في يوم معين، في حقِّ المسلمين جميعاً في أقطارهم، إذا أمر الحاكم الأعلى المسلم بثبوت رمضانية الشهر في ذلك اليوم، ولو كان ثبوت رؤية الهلال في مطلع من مطالع تلك الأقطار دون سائرها:

من المقرر شرعاً أن أمر الحاكم الأعلى المسلم في كل فصل مجتهد فيه ـ كمسألة اختلاف المطالع ـ يرفع النزاع، ويرجح أحد النظرين، إذا كان يعتقد بأحقيته ورجحانه، وحينئذ يجب على المسلمين جميعاً الامتثال لحكمه، والعمل بمقتضاه، ولا تجوز مخالفته شرعاً، توحيداً لأمر المسلمين، وهذا بالإجماع.

فإذا تقرر هذا، فإنه يُصبح من اليسير توحيد يوم بدء الصوم بالنسبة لجميع المسلمين، في أقطارهم، ويرتفع الخلاف، إذا صدر بذلك حكم موحد من قبل حكامهم، لوجوب نفاذه في حق من هم في ولايتهم[1]، كما أسفنا.

وبذلك يترجح لديك الاتجاه الثاني، وهو اتجاه جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة القائل بأن: «لا عبرة باختلاف المطالع»، وأن ثبوت عموم الحكم بوجوب أداء الصوم منوط بمطلق الرؤية، للأمور الآتية:

أولاً ـ لقوة أدلته من الكتاب والسنة، ودقة وجوه الاستدلال بها، على النحو الذي بينا.

ثانياً ـ تعليق الشارع عموم الحكم بمطلق الرؤية، على ما علمت.

ثالثاً ـ ولأن الشارع الحكيم يعلم أن رؤية الهلال «غير ممكنة» بالنسبة لجميع الأقطار، لأسباب متعددة، فاكتفى بالرؤية الممكنة المطلقة، تيسيراً.

رابعاً ـ لأن ولادة الشهر لا تتعدد.

---

(١) «المغني»: (٣/ ٧ وما يليها)، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (١/ ٥٠٩ ـ ٥١٠)، و«رسائل ابن عابدين»: (١/ ٢٥١ وما يليها).

ولعل هذا مضمون تعليل ابن قدامة في «مغنيه»، في قوله: «ولأن شهر رمضان ما بين هلالين» وقوله أيضاً: «وقد ثبت أن هذا اليوم[١] من شهر رمضان بشهادة الثقات، فوجب صومه على جميع المسلمين».

خامساً ـ الأصل العام الثابت الذي نهضت به الأدلة، يقضي بأن الأقطار الإسلامية يجب أن يعمل بعضها بخبر بعض، وشهادته، في الأحكام الشرعية، والرؤية من جملتها، وهو المعنى الذي أشار إليه ابن قدامة في قوله: «وقد ثبت أن هذا اليوم ـ يوم ولادة الشهر الثابت بمطلق الرؤية في بعض الأقطار الإسلامية ـ من شهر رمضان، بشهادة الثقات المسلمين» أي: عملاً بالأصل العام الذي يقضي بذلك شرعاً، إذا نقل إليهم خبر ثبوته بطريق موثوق به[٢].

سادساً ـ حديث كُرَيْب ـ وهو عمدة المخالف ـ مجمل؛ إذ ليس فيه ـ كما يقول الشوكاني ـ لفظ النبي ﷺ ولا معنى لِلَفْظِهِ حتى يحكم بعمومه أو خصوصه، فلا يصلح دليلاً يخصص به ذلك الأصل العام.

وما فهمه ابن عباس رضي الله عنهما مما يحفظ من الأحاديث، لا يصلح حجة ليعمل به، أو ليخصص به ذلك الأصل العام؛ إذ لا يعدو كونه فهمَ صحابي، وهو ليس بحجة، بدليل مخالفة جمهور الفقهاء له.

على أن الروايتين قد أناط الشارع بهما عموم الخطاب بمطلق الرؤية، كما ذكرنا، فلا تعارض.

سابعاً ـ أن التباعد الذي اعتبره المخالف موجباً لاختلاف المطالع، هو مجرد واقع كوني لا يسع أحداً إنكاره، وليس محلًا للنزاع، وإنما النزاع في اعتباره شرعاً أو عدم اعتباره في ثبوت الأهلة وما يتعلق به من أحكام.

---

(١) يقصد بهذا اليوم يوم ولادة الشهر التي تثبت بمطلق الرؤية، وشهد بها الثقات. «المغني مع الشرح الكبير»: (٣/ ٧).

(٢) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (١/ ٥٠٩ وما يليها).

ولو اتخذ هذا التباعد دليلاً للتخصيص، لقصر عن ذلك؛ إذ هو محض استدلال عقلي، حتى اختلف الفقهاء في ضابطه اختلافاً شديداً.

وعلى فرض صحة هذا الاستدلال العقلي، فكيف يتأتّى اعتماده مستنداً للتخصيص من الأصل العام، مع هذا الاختلاف الشديد في ضابطه؟

ثامناً - إن ولادة القمر - كما علمت - إنما هي نتيجة لتحركه عن مركز المحاق الكائن بين الشمس والأرض، وهو موضع كوني محددٌ ثابت مطلق، لا يختلف باختلاف الأقطار.

بقيت «إمكانية الرؤية» نسبية[1] هي أو مطلقة، وهذا هو منشأ الخلاف.

تاسعاً - هذا الاتجاه تطابق فيه المفهوم الشرعي مع الوضع الكوني؛ إذ الكل من عند الله تعالى، ولا تخالف ولا تناقض بين أحكام شرعه، ونظام كونه، فكان ذلك آية صدق من آيات الإعجاز البياني والعلمي لهذا الكتاب العزيز.

الخلاصة الجامعة لهذا البحث تتركز في النقاط التالية:

أ - اختلاف المطالع من حيث هو ظاهرة كونية محسوسة، لا سبيل إلى إنكاره، لكن لا عبرة به في ثبوت الأهلة، وما يتعلق بها من أحكام شرعاً، على الأصح، عند الجمهور.

ب - عمدة المخالف حديث «كريب» وهو مبهم، أو مجمل؛ إذ ليس فيه لفظ النبي ﷺ ولا معنى للفظه، ليفهم منه الخصوص أو العموم، فضلاً عن أن ما جاء فيه لا يعدو كونه فهماً خاصًا لصحابي لا تقوم به الحجة، بدليل منازعة الجمهور من الأئمة لهذا الفهم الخاص.

ج - خالف حديث «كريب» مضمون السنة الصحيحة الثابتة، «**صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته**» حيث علق الشارع عموم الخطاب بمطلق الرؤية.

---

(١) كونها مطلقة، أي: يكتفى بثبوتها في مطلق أي قطر من الأقطار الإسلامية. وأما كونها نسبية - أي: لا يكتفى بثبوت رؤية الهلال في مطلع قطر ما، بل لا بد من أن يرى في مطلع كل قطر على انفراد حتى يثبت انعقاد الشهر في حق أهله، وبذلك يختلف حكم بدء الصوم باختلاف المطالع.
«الفتاوى الواضحة» للأستاذ محمد باقر الصدر: (١/٥٠٨ وما يليها).

د ـ أن حديث: «**لا تصوموا حتى تروا الهلال، ولا تفطروا حتى تروا الهلال**» مآل مضمونه بالمفهوم المخالف ـ وهو حجة عند الجمهور ـ في قوة الأمر عند ثبوت الهلال بالرؤية المطلقة، أي: «صوموا عند الرؤية» وهو عين مضمون الحديث الأول، ولا اختلاف في دلالات الشرع، ومنطقه العام.

إذن، هما متفقان من حيث الإطلاق، وليس الثاني مقيداً للأول، كما زعم المخالف.

هـ ـ والاستدلال بهذا المضمون المتحد ـ مطلق الرؤية الممكنة ـ أظهر من الاستدلال على الرؤية النسبية الممكنة التي تختص بكل قوم في مطلعهم، كما يقول الإمام الشوكاني.

و ـ ليس بين المدينة والشام من البعد ما يوجب اختلاف المطالع، فلا يصح استدلال المخالف بحديث «كريب» على مدعاه، لعدم تحقق شرطه في اجتهاده، حيث قال: إن التباعد الفاحش، كالبعد بين الحجاز والأندلس، هو الذي يوجب اختلاف المطالع في النظر الأصح عنده، وإلّا لزمه القول باختلاف المطالع على القرب، وهو خلاف مذهبه.

ز ـ لا يقوى حديث «كريب» في إبهامه وإجماله ـ وما جاء فيه من اجتهاد خاص بصحابي ـ على تخصيص الأصل العام الذي نهضت به الأدلة، من أن الأقطار الإسلامية يجب أن يعمل بعضها بخبر بعض، وشهادته، في الأحكام الشرعية، والرؤية من جملتها.

هذا ما أشار إليه الإمام ابن قدامة[1] من أنه يجب على المسلمين كافة العمل بخبر الثقات، وكذلك الإمام الشوكاني بل سائر الأئمة، كما قدمنا.

ح ـ هذا فضلاً عن أن مآل الحديثين مضموناً متحد، وهو تعليق عموم الخطاب بمطلق الرؤية الممكنة.

---

(١) «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»: (١/ ٥٠٩ ـ ٥١٠).

ط ـ لا حجة في الآية الكريمة: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥] على الرؤية النسبية الممكنة الخاصة بكل بلد على انفراد؛ لأن شهود الشهر في الآية الكريمة معناه الإقامة في البلد، وبين الأهل، أو حضور الشهر والعلم به، لا خصوص رؤية هلاله، على ما بينا، عند أئمة المفسرين من الإمام الطبري والقرطبي وغيرهما.

والمعنى: من أدركه الشهر، وهو مقيم في بلده وأهله، مكلفاً صحيحاً معافى، عالماً بدخول الشهر، وجب عليه الصوم، ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أُخَر، وبذلك يتسق منطق الآية ومنطوقها[1].

ولا علاقة لهذا بالرؤية، مطلقة أو نسبية، كما ترى.

ي ـ الأدلة العقلية للمخالف لا سند لها من الشرع؛ لأنها محض استدلال عقلي، بدليل وقوع الاختلاف الشديد فيما بينهم في ضابط شرط التباعد.

ك ـ وأيضاً قياس مطلع القمر على مطلع الشمس، لا يصح، لاختلاف كل منهما وضعاً كونيًا.

ل ـ القول باختلاف المطالع، واعتباره، يقضي بتعدد «أهلَّة» شهر رمضان، والواقع أن شهر رمضان ـ كما يقول العلامة ابن قدامة ـ بين هلالين: هلال أول ليلة من رمضان، وهذا مبتدؤه، وهلال أول ليلة من شوال، وهذا منتهاه، وجاءت السنة مؤكدة هذا المعنى، صوموا لرؤيته، أي: صوموا عند ثبوت هلال مبتدئه، وأفطروا عند ثبوت هلال منتهاه.

م ـ منشأ الخلاف: هل الرؤية الممكنة التي تثبت بها رمضانية الشهر، وانعقاده، مطلقة أو نسبية؟

ن ـ القول بالرؤية المطلقة يوجب التوافق بين أحكام الشرع، وأوضاع الكون، والكل من عند الله تعالى، وتلك آية بينة على الإعجاز البياني والعلمي للقرآن الكريم.

---

(١) أي: لفظها ومعناها.

س ـ البلاد النائية جدًّا التي تبعد المسافة الزمنية فيها بعداً يزيد عن يوم، بحيث تكون في نهار عندما تكون سائر الأقطار الإسلامية في أجزاء من الليل، تختص برؤيتها استثناء، لوضعها الكوني الخاص على الكرة الأرضية، لاستحالة اشتراكها مع الأقطار الإسلامية في أي جزء من الليل، مما يوجب الاستحالة في تحقيق وحدة بدء الصوم وأداء الفريضة في ذلك اليوم بالنسبة إليهم، قبل ثبوت الوجوب في ذمتهم، لعدم انعقاد الشهر في حقهم.

والاستحالة لا يتأتى معها التكليف شرعاً.

ع ـ من المقرر شرعاً أن كل فصل مُجْتَهَدٍ فيه[١] إذا أصدر فيه الحاكم المسلم الأعلى حكماً، يرجح أحد النظرين، لاعتقاده بأحقيته، في اجتهاده، وجب على المسلمين كافة إنفاذه، ولا تجوز مخالفته شرعاً، وهذا بالإجماع.

وعلى هذا، إذا أصدر الحكام المسلمون الأعلون[٢] في أقطارنا أمراً بتوحيد بدء الصوم في يوم معين، تعيَّن على المسلمين كافة إنفاذه شرعاً، وبذلك ترتفع الفوضى والبلبلة التي يعانيها العالم الإسلامي كل عام، في ثبوت رمضانية هذا الشهر العظيم[٣].

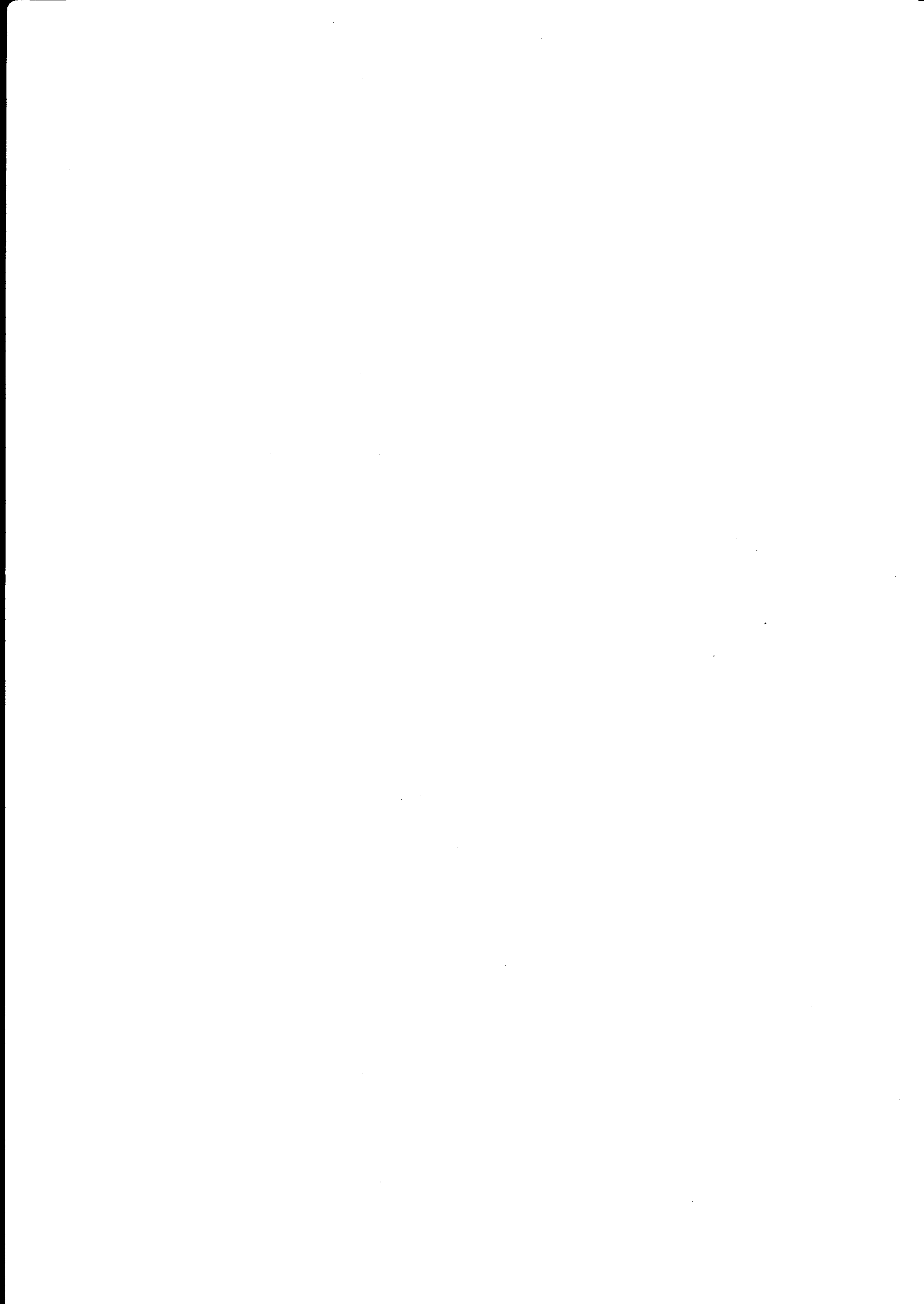
والله الهادي إلى سواء السبيل.

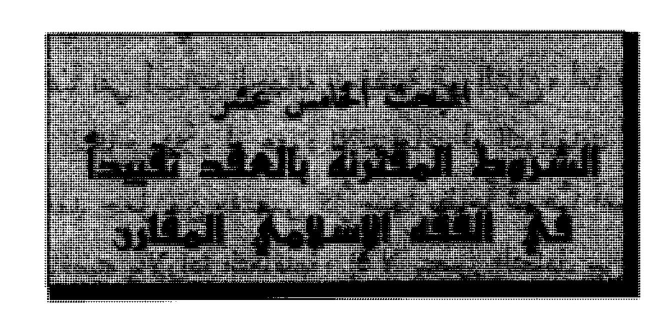


(١) أي: كل مسألة مختلف فيها.

(٢) الحاكم المسلم الأعلى، يقصد به ذو الولاية العامة، بخلاف القاضي، أو الوالي، فإن ولاية كل منهما خاصة، فلا يخضع لحكمه إلّا من كان في ولايته.

(٣) هذا فضلاً عن أن ما يجري في العالم الإسلامي اليوم من الأخذ بمبدأ اختلاف المطالع، مخالف لما عليه جمهور الفقهاء.





مجال سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي:

من المقرر إجماعاً أن مجال سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي، مقصور على إنشاء العقد أو التصرف، بحيث لا تتعداه إلى ترتيب آثاره، فالشارع الحكيم هو الذي يرتب على كل عقد أو تصرف آثاره[١]، وذلك حفظاً للتوازن، أو تحقيقاً لمقاربة التساوي بين الالتزامات في مضمون عقد المعاوضة بين طرفيه فيما يجب لكلٍّ منهما من حق، وما عليه من التزام، وهذا من مباني العدل في التشريع الإسلامي.

ولا ريب أن التوازن أو المساواة في العقود المالية التبادلية ـ فضلاً عن كونها مبنى للعدل ـ هي مقصود المتعاقدين، يؤكد هذا الأصل ما جاء في «بداية المجتهد»: «. . يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا ـ ومعظم الشروط المقترنة بالعقد علةُ بطلانها معنى الربا ـ إنما هو لمكان الغبن الكثير فيه، وأن العدل في المعاملات إنما هو مقاربة التساوي، ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات، جعل الدرهم والدينار لتقويمها، أعني تقديرها»[٢].

(١) ويقول الإمام عبد العزيز البخاري ـ صاحب «كشف الأسرار على أصول البزدوي» ـ في هذا الصدد ما يلي: «إن العلل الشرعية ـ ومنها العقود ـ غير موجبة بأنفسها. . . وإنما الموجب للأحكام ـ المعلول والأثر ـ هو الله تعالى». «كشف الأسرار» ص١٢٩١.
ويقول الإمام الغزالي: «إن الله هو الذي أضاف الآثار إلى أسبابها؛ لأن الأسباب لا توجب الحكم لذاتها، بل بإيجاب الله تعالى، فالسبب هو ما يحصل الحكم عنده، لا به». «المستصفى» ص٩٣ ـ ٩٤.

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/١٢٣).

وكما حرص الشارع بتحديد مقتضى العقد على تحقيق التعادل بين الالتزامات المتقابلة بين طرفي العقد في العقود المالية التبادلية، نفياً للربا أو الغَرَر، فقد قصد بذلك التحديد أيضاً نفي أسباب الجهالة المفضية إلى النزاع، أما غير ذلك من العقود غير المالية كعقد النكاح مثلاً، أو عقود الالتزامات أو التوثيقات كالكفالة، أو عقود التبرع كالهبة، فقد جعل من مقتضى كلٍّ منها نظاماً شرعيًّا أساسيًّا له، لا يجوز المساس به أو مناقضته بالإرادة التعاقدية؛ إذ لا يتصور التعادل بين الالتزامات المالية في مثل هذه العقود، وإن كان لمشروعية الباعث اعتبار، في عقود التبرع، كعقود المعاوضة، سواء بسواء[1].

فالعقود إذن شرعت أسباباً لمسبَّباتِها، أو شرعت لتكون مفضية إلى نتائجها في العمل، ومواقع الوجود، بجعل الشارع، وبذلك كانت أسباباً جعلية لا عقلية[2] طبعية، تفضي إلى آثارها بذواتها.

ويوضح الإمام ابن تيمية هذا المعنى بقوله: «إن الأحكام الثابتة بأفعالنا، كالملك الثابت بالبيع... نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ـ أي: بإبرام العقود، وإنشاء التصرفات ـ والشارع أثبت الحكم، لثبوت سببه منا»[3].

فصوناً للتصرفات من أن تصبح نتائجها رهناً بالإرادة الإنسانية المطلقة التي كثيراً ما تطغى، وتتنكب جادة الحق في التعامل، بدافع من الأنانية والهوى والجشع، ولا سيما إذا كانت في مركز أقوى، تولى الشارع بنفسه ترتيب هذه الحقوق التي يطلق عليها أحياناً أحكام العقد.

---

(١) وذلك كما في الهبة والوصية والوقف؛ لأنها تصرفات انفرادية.

(٢) «الموافقات» للشاطبي: (١/ ١٣١)، و«أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف ص٣٨٥. وراجع بحث الأسباب الشرعية في «الموافقات» للشاطبي: (١/ ١٩٤).

(٣) ونفي كون العقد سبباً عقليًّا أو طبعيًّا، لا يعني نفي صفة المعقولية عنه، بحيث لا يستقل العقل بإدراك كونه سبباً شرع لغاية معينة: اقتصادية أو اجتماعية مرسومة له شرعاً، ومعقولة في حد ذاتها، وتعتبر الحكم الأصلي الذي شرع العقد من أجله، بل المقصود أن العقد لا ينتج أثره بذاته، بل بجعل الشارع له منتجاً تلك الآثار عند إنشائه. «رد المحتار» لابن عابدين: (٤/ ١٣٦).

على أن لكل عقد حكماً أصليًا شُرع من أجله، هو المقصود الأصلي من شرعية العقد، ويطلق عليه «مقتضى العقد»، أو غايته النوعية، كانتقال ملكية المبيع إلى المشتري تلقائيًا فور إنشاء عقد البيع، وثبوت حق احتباس المرهون للمرتهن في عقد الرهن، توثيقاً لدينه واستيفائه من ماليته، إذا عجز المدين عن الوفاء عند بلوغ الدَّين مَحِلَّه[1] أو حلول أجله، وثبوت ملكية منفعة العقار للمستأجر في عقد الإجارة، وحقه في استيفائها، وغير ذلك من المقتضيات الأصلية للعقود التي تتنوع بحسب طبيعة كل عقد.

أما أحكام العقد الأخرى، من مثل تسليم الثمن، وأداء بدل المنفعة، أو الأجرة، ووجوب ضمان العين المرهونة على المرتهن، فليست أصلية، وإنما هي التزامات وتكاليف تابعة.

وإذا كانت آثار العقد جعلية ـ ومنها مقتضاه أو حكمه الأصلي ـ فإنها غالباً ما تكون هي مقصود المتعاقدين، حتى إذا بدا لهما أو لأحدهما أن يُعدِّل من آثار هذا العقد، زيادةً أو نقصاً، كان له ذلك عن طريق الشروط العقدية التقييدية المقترنة عند جمهور الفقهاء[2].

هذا، وجمهور الفقهاء قد اختلفوا في «مدى سلطان الإرادة العقدية في تحديد آثار العقد» تبعاً لاختلافهم في «ضابط» الشرط الجائز، أو الشرط غير الجائز، مما جعلهم بالتالي مختلفين في أنواع هذه الشروط التقليدية، ومدى آثارها على التصرف القولي، صحة وبطلاناً، وهو موضوع هذا البحث المقارن.

---

(١) المحل : بفتح الميم وكسر الحاء: الأجل المضروب المسمى لأداء الدين المؤجل.

(٢) ما عدا الظاهرية الذين لا يجيزون اشتراط أي شرط إلّا إذا ورد به نص بعينه، أو انعقد عليه إجماع، كما سيأتي.

أ ـ تعريف الشرط التقييدي المقترن بالعقد اصطلاحاً[1] (تحرير محل النزاع): هو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعاً

تحليل هذا التعريف:

يبيِّن التعريف أن الشرط يوجب تكليفاً في تصرف قولي، سواء أكان عقداً بين طرفين من عقود المبادلات المالية أم غير المالية، أم كان تصرفاً انفراديًّا، كالهبة، والوصية.

وقولنا: وارد في التصرف القولي عند تكوينه، يفيد التعبير عنه في صلب العقد إبَّان إنشائه، بحيث يصبح من بنوده وأجزائه التي تم التراضي على أساسها، وهذا معنى الاقتران.

فخرج بذلك الشرط السابق على التصرف واللاحق له، ولو تضمن تكليفاً؛ لأنه غير مقترن.

أما كونه زائداً، فلإخراج الشرط الذي يتضمن التزاماً هو من مقتضى العقد لأن مثل هذا الالتزام يثبت بمطلق العقد قبل الاشتراط، فلا يفيد التزاماً زائداً عما يقرره العقد من حقوق وواجبات، بل يؤكدها، فوجوده وعدمه سواء، في حين أن مجال بحثنا إنما هو في الشروط التي تعدِّل من آثار العقد وليست من مقتضاه.

وقولنا: يفيد التزاماً زائداً، يشمل ما إذا كان فيه نفع لأحد المتعاقدين، أو لغيرهما، أو لا منفعة فيه لأحد.

ب ـ الفرق بين كلٍّ من الشرط التقييدي، والتعليقي، والإضافي:

بهذه القيود يخرج الشرط التعليقي والشرط الإضافي.

أما الشرط التعليقي، فلا يوجب تكليفاً زائداً عن مقتضى التصرف، وإنما هو شرط

---

(١) أما تعريف الشرط لغةً، فقد ورد بمعان متعددة، أقربها لما نحن فيه هو «إلزام الشيء والتزامه، في البيع ونحوه» ـ «لسان العرب»: (٩/ ٢٠٢ وما يليها).

يفيد ربط حصول أمر بحصول أمر آخر، أو كما يقول الأصوليون: «ربط حصول مضمون جملة، بحصول مضمون جملة أخرى»[1] كلاهما غير موجود في الحال.

فلو علق تصرفه على حصول أمر مستقبل متوقع الحدوث بأداة من أدوات التعليق، كقوله: «إذا جاء ولدي من السفر فقد بعتك داري بثمن قدره كذا» فهذا شرط تعليقي لا يكون معه التصرف منعقداً في الحال، ولا يفيد التزاماً زائداً عن مقتضى العقد، ولو كان مقارناً له، قولاً وزماناً.

أما الشرط الإضافي فيفيد «إرجاء أثر التصرف المنعقد إلى زمن مستقبل معين» كقولك: «آجرتك هذه الدار اعتباراً من أول الشهر القادم» فالعقد منعقد، ولكن آثاره لا يبدأ سريانها إلّا بدءاً من الزمن المستقبل المعلوم الذي أضيف التصرف إليه.

فهو شرط وإن كان مقارناً للتصرف، غير أنه لا يوجب التزاماً زائداً عن آثار العقد الأصلية.

والخلاصة: أن الشرط التقييدي المقترن هو الذي يعدِّل من آثار العقد زيادةً أو نقصاً، بخلاف الشرط التعليقي، والشرط الإضافي؛ إذ كلٌّ من هذين الشرطين يقترن بالعقد، غير أنه مختلف عن الشرط التقييدي المقترن مفهوماً وأثراً، كما قدمنا، ونتناول فيما يلي اتجاهات الفقهاء في الشرط التقييدي المقترن.

أولاً: اتجاهات الفقهاء في الشروط التقييدية المقترنة بالعقد:

١ ـ لا نزاع بين الفقهاء جميعاً في أن الشرط الذي يقتضيه العقد جائز، كاشتراط الزوجة على زوجها في عقد الزواج أن ينفق عليها، أو أن يدفع لها مهراً محدداً، أو أن يعاشرها بالمعروف، أو يشترط المشتري أن يتصرف في المبيع، بيعاً أو إجارة أو رهناً؛ لأن هذا يثبت بمطلق العقد، كما ذكرنا، فاشتراطه وعدمه سواء؛ إذ لا يزيد ولا ينقص شيئاً من أحكام العقد التي رتبها الشارع؛ لأنه من مقتضى العقد، فصح إجماعاً.

(١) «المدخل» للأستاذ الزرقاء: (١/ ٥٤٤).

وهذا النوع من الشروط ـ في الواقع ـ ينبغي ألا يُدرج في الشروط التقييدية؛ لأن ما يوجبه يثبت بالعقد قبل الاشتراط، ولأنه زائد صورةً، لا معنى.

٢ ـ ولا نزاع أيضاً في أن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد باطل، ويُبطل العقد أيضاً إذا كان من عقود المعاوضات؛ لأنه شرط يلغي الحكم الأصلي للعقد، أو ينسخ غايته النوعية الاقتصادية أو الاجتماعية التي من أجلها شرع العقد سبباً لها، فيصبح العقد صوريًّا.

هذا فضلاً عن مناقضته لقصد الشارع رأساً، ومناقضة قصد الشرع باطلة، فما يؤدي إليها من الوسائل باطل بالضرورة.

وذلك ـ كما يقول الإمام الشاطبي ـ: «كما إذا اشترط ـ البائع على المشتري في عقد البيع ـ أن لا يتصرف بالمبيع، أو شرط الصانع على المستصنع أن لا يضمن المستأجَر عليه إن تلف، وأن يُصَدّقه في دعوى التلف. . أو اشترط في النكاح ألا يجامعها. . وما أشبه ذلك، فهذا القسم لا إشكال في إبطاله؛ لأنه منافٍ لحكمة السبب»[١] أي: لحكمة تشريع العقد.

٣ ـ هذا، والأصل أن «ما يثبت بالشرع، مقدَّم على ما يثبت بالشرط»[٢] أي: عند التعارض.

وتعليل ذلك، أن ما يثبت بالشرع هنا هو من نظامه الشرعي العام في التعامل، فيرتقي إلى مستوى الشرع الملزم التي تتمثل فيه الإرادة الحقيقية للمشرع، قطعاً.

وأما ما ثبت بالشرط، فهو محض تصرف بالإرادة الإنسانية، فكانت «المنافاة» بين الشرع الملزم، والتصرف الإرادي، وهذه هي المناقضة أو المضادة للمشرع،

---

(١) «الموافقات»: (١/ ٢٨٤ وما بعدها)، لأن عدم إنفاق الزوج على زوجته يقطع أسباب المودة، ويفضي إلى الفراق، وهو ينافي حكمة تشريع الزواج. غير أنه ينبغي أن يلاحظ أن عقد الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنه ليس عقد معاوضة، بل يبطل الشرط وحده، ويبقى العقد صحيحاً منتجاً لآثاره، كما سيأتي.

(٢) «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص١٠٢.

والمناقضة باطلة بالإجماع، فكذلك ما يؤدي إليها باطل بالإجماع ضرورة[١]، كما أشرنا.

فالمنافاة هي علة فساد الشرط.

٤ ـ ومن هنا يقول الإمام ابن تيمية: «لا بد في التصرف من رضا المتعاقدين، وموافقة الشرع»[٢] أي: موافقة التصرف للشرع، أركاناً وشروطاً ومقتضى، وقواعد ومقاصد، فالتراضي مقيد بالشرع لا مطلق.

ثانياً ـ منشأ اختلاف العلماء هو ضابط الشرط المشروع:

أما ما عدا ذلك من أنواع الشروط، فقد اختلف الفقهاء فيه، تبعاً لاختلافهم في «الضابط» للشروط المشروعة، وغير المشروعة، إذ لم يرد من الشارع معيار محدد لمشروعية الشرط، بل استخلص اجتهاداً من نصوص الشريعة وقواعدها ومقاصدها، فكان ذلك هو منشأ اختلافهم، واتسع مجال اجتهادهم بالرأي في هذا «الضابط» على النحو التالي:

أ ـ اتجاه الظاهرية:

الشرط الصحيح عندهم: ما ورد النص بجوازه بعينه، أو انعقد عليه الإجماع.

ذهب الظاهرية إلى أن الأصل في الشروط هو الحَظْر، فليس لأحد المتعاقدين أن يشترط في العقد إلّا ما ورد النص بجوازه بعينه، أو انعقد على جوازه إجماع.

وينتج عن ذلك، أن ليس للإرادة الإنسانية ـ في نظر الظاهرية ـ أي سلطان في اشتراط أي شرط في صلب العقد وصيغته، إلّا ما أجازه الشرع نصًّا، أو أيده الإجماع[٣].

---

(١) «الموافقات» للشاطبي: (٢/ ٣٣١).

(٢) «الفتاوى»: (٣/ ٢٢٩ وما يليها).

(٣) والإجماع ـ كما تعلم ـ لا بد له مستند في الواقع، من الكتاب أو السنة، أو من كليهما، فرجع الأمر إلى أن يكون الدليل نصًّا.

وكذلك ليس للإرادة العقدية سلطان ولا حرية في إنشاء عقود جديدة لم يرد من الشارع تسمية لها بعينها، وتنظيم لأحكامها.

أدلة الظاهرية:

واستدل ابن حزم على هذا، بما يأتي:

أ ـ قوله ﷺ: «**من عمل عملاً ليس عليه أمرُنا، فهو ردٌّ**»(١) إذ يقول في وجه استدلاله به: «فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقدَه الإنسان، والتزمه، إلّا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه، أو بإباحة التزامه بعينه»(٢).

وينتهي إلى القول بأن: «شروط المسلمين ليست كل شرط بلا خلاف، بل إنما هي الشروط المأمور بها، أو المباحة بأسمائها، في القرآن وصحيح السنن»(٣).

ب ـ بما ورد في «الصحيحين» من قوله ﷺ: «**أما بعد، فما بال أقوامٍ يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، وما كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل، وإن كان مئة شرط، قضاءُ الله أحق، وشرطُ الله أوثق**»(٤).

ووجه استدلاله بهذا الحديث الشريف، أن كل شرط أو عقد لم يرد بمشروعيته بعينه نص في كتاب الله، أو السنة، أو الإجماع، باطل، فإذا اقترن بالعقد بطل كذلك.

ج ـ ويستدل أيضاً بعموم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]

ووجه استدلاله به، أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود عامة، والشروط عقود، فلو أجزنا كل شرط، للزم الوفاء به بمقتضى هذا النص، فيؤدي إلى الالتزام بما هو محرم، وهو ما لا يجوز المصير إليه بحال.

---

(١) أخرجه مسلم: ٤٤٩٣، وأحمد: ٢٥١٢٨، من حديث عائشة.

(٢) «الإحكام في أصول الأحكام»: (٥/ ٣٢).

والظاهرية لا يقولون بالقياس ولا بالمصلحة المرسلة؛ لأنهم لا يقولون بأصل تعليل النصوص.

(٣) «المحلى»: (٨/ ٤١٢).

(٤) أخرجه البخاري: ٢١٥٥، ومسلم: ٣٧٧٧، وأحمد: ٢٤٥٢٢، من حديث عائشة. وانظر «الإحكام»: (٥/ ٥٩٨).

وعلى هذا، فالشرط ـ في رأي الظاهرية ـ نوعان: صحيح وباطل، ولا واسطة.

والشرط الباطل يُبطل العقد إذا اقترن به[١]، فإن لم يقترن به كان العقد صحيحاً[٢].

هذا، وإنما حدد الظاهرية ضابط الشرط الصحيح بما ورد به نص من كتاب أو سنة، أو أيده إجماع؛ لأنهم لا يعتبرون «القياس» خطة في التشريع الاجتهادي، ولا الاستحسان، ولا المصالح المرسلة، بل ينكرون حجية «الرأي» جملة، وأصل التعليل[٣].

ولا ريب أن هذا «الموقف» من مبدأ سلطان الإرادة العقدية، أو حرية التعاقد والاشتراط، يضيق على الناس في معاملاتهم تضييقاً شديداً، بل يوقعهم في الحرج، ومعلوم أن أصل مشروعية التعامل لرفع الحرج، لتستقيم أمور الناس، وتتحقق مصالحهم المشروعة في نشاطهم الاقتصادي والاجتماعي، فكان هذا الموقف عائداً على أصل مشروعية المعاملات بالنقض، وهو ما لا يصح التسليم به.

ب ـ اتجاه الحنفية:

وضع الحنفية ضوابط أربعة للشرط الصحيح يتحقق في أيٍّ منها:

أولاً ـ أن يكون من مقتضى العقد، كاشتراط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل

---

(١) ويعدد ابن حزم الشروط الصحيحة التي ورد فيها نص كما يلي:
١ ـ اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى.
٢ ـ اشتراط تأخير الثمن إن كان دنانير أو دراهم إلى أجل مسمى.
٣ ـ اشتراط أداء الثمن إلى المَيْسرة، وإن لم يذكر أجلاً.
٤ ـ اشتراط صفات المبيع التي يتراضيانها معاً، ويتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة.
٥ ـ اشتراط أنْ لا خِلابة.
٦ ـ بيع أصول النخل فيها ثمرة قد أُبِّرَت قبل الطيِّب أو بعده، فيشترط المشتري ثَمَره لنفسه، أو جزءاً معيناً منها، أو مسمًّى مشاعاً في جميعها.
٧ ـ بيع العبد أو الأَمَة... إلخ.
ثم يقول: فهذه ولا مزيد عليها، وسائرها باطل. «المحلّى»: (٨/ ٤١٢).

(٢) راجع «أسباب اختلاف الفقهاء»: ص١٤.

(٣) المرجع السابق، و«الإحكام في أصول الأحكام» لابن حزم: (٥/ ٦ وما يليها).

تسليم المبيع، أو اشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها، وهذا بمطلق العقد يثبت، كما أسلفنا.

ثانياً ـ أو يكون ملائماً لمقتضاه، كاشتراط كفيل أو رهن بالثمن المؤجَّل؛ لأن هذا الشرط مؤكد للمقتضى معنىً.

ثالثاً ـ أو يكون مما ورد به نص.

كاشتراط الخيار، واشتراط خيار الرؤية، ولو كان هذا الاشتراط مخالفاً لمقتضى العقد[١].

رابعاً ـ أو يكون مما جرى به عرف التعامل[٢] كاشتراط المشتري على البائع أن يقوم بإصلاح المبيع لمدة معينة.

الأصل في الاشتراط عند الحنفية هو الحظر:

والممعن في هذه الضوابط التي يتحقق جواز الشرط المقترن بالعقد بأحدها، يرى أن الحنفية يذهبون إلى أن الأصل في الاشتراط ـ وحرية التعاقد عامة ـ هو «الحظر».

غير أنهم يختلفون عن الظاهرية، من حيث أن أصول التشريع عندهم التي يجوز الاشتراط على أساسها، لا تقف عند حد الإجماع، بل تشمل ـ إلى ذلك ـ القياس، والمصالح المرسلة، والاستحسان، والعرف، فاتحدا في الأصل، واختلفا في مدى حرية الاشتراط.

---

(١) لأن مقتضى العقد أن تثبت آثاره فور انعقاده لازمة.

(٢) «المبسوط»: (١٣/ ١٤)، و«تبيين الحقائق»: (٤/ ١٣١)، و«البحر الرائق»: (٦/ ١٩٤).

الاستحسان العرفي الذي تنهض على أساسه مشروعية الشرط المقترن بالعقد تقييداً عند الحنفية، منهج عقلي واقعي، لتحقيق الخطأ والصواب إبّان تطبيق القواعد على الجزئيات، توصلاً إلى المصلحة والعدل مآلاً[١]:

والواقع أن الاستحسان ـ كما سيأتي بيانه ـ أكسب الفقه الحنفي بعامة، وسلطان الإرادة في الاشتراط، وحرية التعاقد بوجه خاص، مرونة عجيبة.

ذلك أن «العرف» ـ وهو سند الاستحسان ـ قد فتح باب حرية الإرادة العقدية في الاشتراط في المعاملات على مصراعيه، شريطة ألا يكون هذا العرف مصادماً لنص خاص، أو أصل قطعي وارد في موضوع العرف عيناً.

على أن «العرف» يمكن أن يعارض قياساً عامًّا، فيستثنى من عموم هذا القياس الشرط الذي جرى به العرف، فيصح ولو كان من مقتضى العقد عدم جوازه، وهذا ما يطلق عليه الاستحسان[٢] الذي سنده العرف، أو الاستحسان العرفي.

وكذلك صَحَّحوا الشرط الذي لا يقتضيه العقد إذا كان ملائماً، استحساناً.

وقد وضع الحنفية قاعدة العرف التشريعية والتفسيرية التي مؤداها أن «الثابت بالعرف، كالثابت بالنص»[٣].

هذا، ويمكن اعتبار الاستحسان الذي ينهض على أساسه الشرط الملائم، أو المؤكِّد لمقتضى العقد معنىً ـ كما يقول الحنفية ـ صورة من صور تحقيق المناط.

وبيان ذلك، أنه لدى تحليل الشرط الملائم مفهوماً وغرضاً، يتبين أنه يحقق مقتضى العقد على وجه آكد، فهو داخل في المقتضى معنى؛ لأن المؤكِّد لا يخرج عن

---

(١) الواقع أن ما ورد عن الرسول ﷺ من النهي عن صفقتين في صفقة، أو عن بيع وشرط، أو ما في معناهما، محمول على الشرط الفاسد، لعلة شبهة الربا، أو الغرر الكثير، أو الجهالة، حتى إذا انتفت العلة، جاز كما سنرى في البحوث القادمة، فهو عام مخصوص.

(٢) يقول ابن رشد في كتابه «بداية المجتهد» (٢/ ١٥٤): «الاستحسان التفات إلى المصلحة والعدل».

(٣) «الأشباه والنظائر»، لابن نجيم بحاشية الحموي.

معنى المؤكَّد[١]، وبذلك يبدو ـ نتيجة للتحليل والبحث الاجتهادي ـ أن زيادة هذا الشرط في صيغة العقد، زيادة صورية لا حقيقية مؤثرة في التزامات العقد زيادة أو نقصاً، فيجوز، لتأكيده للمقتضى الذي هو المصلحة والعدل، شرعاً.

ومن هنا، كان الاستحسان في بعض صوره منهجاً اجتهاديًّا عقليًّا، للنفاذ إلى الحقائق، أو لتحقيق معنى الخطأ والصواب في التطبيق على الجزئيات، توصلاً إلى العدل والمصلحة المعتبرة شرعاً؛ لأن مقتضى العقد شرعٌ؛ إذ هو من ترتيب الشارع، والشرع عدل ومصلحة بلا مراء.

والخلاصة: أن الاستحسان الاجتهادي، قد أثبت أن عدم الاقتضاء الصوري لا ينافي تأكيد معنى المقتضى الحقيقي، والعبرة بالحقائق والمسميات التي تناط بها الأحكام.

هذا فضلاً عن أنه يتبين بالتحليل الاجتهادي لمفهوم الشرط الملائم وغرضه، أنْ ليس فيه معنى الغَرَر، أو شبهةُ الربا، أو الجهالة المفضية إلى المنازعة، وهو إن كان فيه إضافة صفقة إلى صفقة العقد المقترن به[٢]، بحيث يكونان عقدين في عقد، جائز؛ لأن النهي عن ذلك منصب على الشرط الفاسد لا الملائم، بل فيه تأكيد لمضمون المقتضى، فكان من مصلحة العقد نفسه، ومما تدعو الحاجة إليه.

وعلى هذا، فإذا تحقق في الشرط «الملائم» تأكيد معنى المقتضى، أو مناطه، أخذ حكمه من الصحة والإلزام؛ لأنه أصبح جزءاً من المقتضى، والمقتضى شرع، والشرع ملزم.

ضوابط الشرط الفاسد عند الحنفية:

وعلى هذا، فالشرط الفاسد عند الحنفية هو ما لا يتوافر فيه أي ضابط من الضوابط السابقة، وذلك:

---

(١) بفتح الكاف المشددة.

(٢) الواقع أن ما ورد عن الرسول ﷺ من النهي عن صفقتين في صفقة، أو عن بيع وشرط، أو ما في معناهما، محمول على الشرط الفاسد، لعلة شبهة الربا، أو الغرر الكثير، أو الجهالة، حتى إذا انتفت العلة جاز، كما سنرى في البحوث القادمة، فهو عام مخصوص.

١ ـ بأن لا يكون من مقتضى العقد.

٢ ـ ولا ملائماً له.

٣ ـ ولا ورد به نص.

٤ ـ ولا مما جرى به العرف.

٥ ـ وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين[1]، أو لغيرهما؛ لأنها منفعة خالية عن عوض، فتمكنت في هذا الشرط شبهة الربا.

غير أن هذا لا يُغني عن أن نُفرد «الشرط الملائم» بالبحث.

الشرط الملائم عند الحنفية:

قلنا: إن الشرط إذا كان مما لا يقتضيه العقد صورةً، ولكن يؤكِّد مقتضاه معنى، فهو جائز استحساناً لا قياساً، وسَمَّوْه ملائماً؛ لأنه يفيد التوكيد والتوثيق لمقتضى العقد، فأُلحق بالشرط الذي يقتضيه العقد، لاتحاد المعنى فيهما، وأجيز استثناءً، كما ذكرنا.

كما إذا اشترط تقديم كفيل أو رهن عند تأجيل الثمن.

فنظرية الحنفية في «مقتضى العقد» واضحة؛ إذ يرون وجوب الوقوف عند أحكام العقد التي وضعها الشارع أثراً للعقد، وأن الاشتراط ينبغي أن يكون مما يقتضيه هذا العقد، دون زيادة؛ لأنها زيادة خالية عن عوض، وهذا هو الربا، وأن يكون مما لا ينافيه من باب أولى.

فالأصل العام إذن هو الاقتضاء، إلّا ما استثني على النحو الذي قررنا.

فثبت ما قررناه آنفاً من أن الأصل في الاشتراط ـ عند الحنفية ـ هو الحظر.

غير أن الاستثناء من هذا الأصل عن طريق العرف والملاءمة لمقتضى العقد، استحساناً، قد فتح باب حرية الاشتراط على مصراعيه، كما قدمنا.

---

(١) وهذا قيد يحترز به عن الشرط الباطل الذي لا منفعة فيه لأحد، بل هو لمجرد التقييد، أي: الإضرار، ولذا أُطلق عليه شرط المضرة، كما سيأتي.

أما ما ورد به نص، فهو ثابت بالشرع رأساً، وللشارع أن يورد ما يشاء على خلاف مقتضى العقد والقياس.

وإذا كان «العرف» أصلاً يبنى عليه الشرط الصحيح عند الحنفية، ولو خالف القياس العام، أي: لم يكن - في الأصل - جزءاً من مقتضى العقد، فإن الفقه الحنفي - بمعيار الاستحسان هذا - قد جعل لسلطان الإرادة أثراً بيّناً في التعديل من آثار العقد، مجاراة لاحتياجات التعامل، أو مقتضيات المعاملات التجارية المتطورة، والنشاط الاقتصادي بوجه عام، وهي معظمها تقوم على الأعراف السارية التي تسود تلك المعاملات بأحكامها، وأصبح الأصل عندهم عملاً هو الإباحة لا الحظر.

على أن الشرط العرفي وإن عدَّل من آثار العقد، لكنه لا يخل بالتوازن في مضمونه، ولا يوجب ما ينافي الشرع، كما قدمنا.

وقد أشرنا إلى أن العرف الذي يخالف القياس العام جائز، وعندئذ تستثنى الجزئية التي يجري بها العرف من عموم القياس استحساناً، لدليلها الأقوى، ويُعطي لها حكماً مخالفاً[1] لحكم القياس.

وبذلك ظهر لك أن الشروط المقترنة بالعقد عند الحنفية أنواع ثلاثة:

١ـ الشرط الصحيح.

٢ ـ والشرط الفاسد.

٣ ـ والشرط الباطل.

أما الصحيح والفاسد فقد بيناهما.

وأما الباطل، فهو ما ليس فيه مصلحة لأحد المتعاقدين، أو لغيرهما[2].

---

(١) رسائل ابن عابدين.
وقوله: الدليل هنا هو المصلحة العامة التي ينهض عليها العرف التجاري أو غيره من الأعراف العامة.

(٢) راجع «فتح القدير»: (٥/ ٢١٧ وما يليها)، و«الزيلعي»: (٤/ ٣١ وما يليها).

وقد علمت أن الظاهرية لا يعرفون هذا التقسيم؛ إذ الشروط عندهم نوعان: إما صحيح، وإما باطل، ولا واسطة[١].

ج ـ اتجاه الشافعية :

نسارع إلى القول بأن الشافعية[٢] لا يعتبرون «العرف» أصلاً تبنى عليه الشروط المقترنة بالعقد صحةً وإلزاماً، على النحو الذي رأينا عند الحنفية.

والواقع أن الشافعية لا يذهبون إلى أن الأصل في الاشتراط الإباحة، بل الحظر هو الأصل عندهم، ولكنهم يعمدون إلى الاستثناء من هذا الأصل على نطاق ضيق.

فالشرط الصحيح عندهم ينبغي أن يتوافر فيه ما يلي:

١ ـ أن يكون من مقتضى العقد، وهذا بيِّن.

٢ ـ أو يكون ملائماً لمقتضى العقد، ويطلقون عليه اسم «الشرط الذي في مصلحة العقد».

ويعللون ذلك بأن مما تدعو الحاجة إليه، وهو من مصلحة العقد، والعاقد، ولا معارض له من جهة الشرع[٣].

وهو عين ما ذهب إليه المالكية والحنابلة في تعليلهم.

٣ ـ والشرط الذي ورد فيه نص.

٤ ـ والشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولا ينافي مقتضاه، وليس فيه مضرة، كاشتراط الراهن أن لا يأكل المرهون إلّا كذا[٤].

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) «تحفة المحتاج»: (٤/ ٢٩٧)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي ص٤٥٣.

(٣) المرجع السابق، و«مصادر الحق» للسنهوري: (٣/ ١٢٥).
ويقصد بكون الشرط الملائم تدعو الحاجة إليه، أي: حاجة المتعاقدين، فيكون من مصلحتهما، أو حاجة التعامل بوجه عام، وذلك كاشتراط البائع على المشتري تقديم رهن أو كفيل بالثمن المؤجل، تأميناً لدينه.

(٤) «تحفة المحتاج»: (٥/ ٥٣).

٥ ـ وشرط وصف خاص للمبيع.

الشرط الباطل عند الشافعية:

وبذلك كان مذهب الشافعية من أضيق المذاهب الفقهية في حرية اشتراط الشروط التقييدية لآثار العقد أثناء إنشائه، بعد الظاهرية.

أما العرف، فلا يعتبرونه ضابطاً للشرط الصحيح إذا جرى به[1]، كما أسلفنا.

وبذلك يبدو لك أن الشرط الباطل عندهم، هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد، وليس من مصلحته، والشرط الذي يوجب الربا، أو يورث غرراً، أو جهالة تفضي إلى التنازع، أو يوجب منعاً لمقتضى العقد.

وذلك كاشتراط قرض في بيع، أو اشتراط ألا يتصرف المشتري في المبيع، ومثل هذا الشرط يُبطل العقد.

أما الشرط الذي لا مصلحة فيه لأحد، وهو شرط المضرة، فيبطل وحده، ويصح العقد[2] إجماعاً.

د ـ اتجاه المذهب المالكي:

على الرغم من أن الأصل في الاشتراط عند المالكية هو الحظر، كالحنفية والشافعية، غير أنهم توسعوا في تصحيح الشروط على نحو يقربهم زلفى إلى مذهب متأخري الحنابلة الذين يرون أن الأصل في الشروط الإباحة، كما سيأتي.

ضابط الشرط الصحيح عند المالكية في عقود المعاوضات:

الواقع أن المالكية يستخلصون ضابط الشرط الصحيح على ضوء من مدى اشتماله

---

(١) بل لا يعتبرون الشرط العرفي كالشرط اللفظي، إذ يقولون: لو عم الناس اعتياد منافع الرهن للمرتهن، فهل يُنَزَّلُ ذلك منزلة الشرط، حتى يفسد الرهن؟ قال الجمهور: لا، وقال القفال: نعم.
وقالوا: لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما أخذ، فهل ينزل منزلة الشرط، فيحرم إقراضه؟ وجهان، أصحهما لا.

(٢) راجع «نظرية الشروط المقترنة بالعقد» للشيخ زكي الدين شعبان ص٤٤.

على معنى الغرر، أو الربا، أو الجهالة، كثرة وقلة، أو المناقضة والمنافاة لمقتضى العقد.

فإذا ظهر اشتمال الشرط على غرر فاحش[1]، أو رباً كثير واضح، أو جهالة تفضي إلى النزاع، أو ناقض مقتضى العقد مناقضة ظاهرة، فالشرط باطل، ويبطل العقد به أيضاً.

فالمعاني التي يبطل بها العقد المقترن بالشرط التقييدي، من الغرر الكثير[2]، والربا، والجهالة إذا كثرت، والمناقضة إذا اتضحت، كانت هي العلة في بطلان الشرط والعقد معاً، لمكان عدم العدل فيها، وانتفاء المصلحة المشروعة لطرفيه، والعدل والمصلحة هما مقصود الشارع.

أما إذا كانت بقدر وسط، فالشرط باطل، والعقد صحيح.

وإذا كانت بقدر ضئيل غير واضح، فكل من الشرط والعقد صحيح، إذ يُتسامح في هذا القدر، تغليباً للصالح العام في تصحيح المعاملات، وعملاً على استقرارها.

وهكذا ترى أن «الضابط» عند المالكية مرن، فيه مجال للاجتهاد واسع، لكنَّ فيه تيسيراً للتعامل لا يُنكر.

---

(١) «بداية المجتهد»: (٢/ ١٢٥) ـ إذا جاء فيه تطبيقات لضابط الشرط الصحيح والفاسد بناء على الغرر الكثير أو اليسير، ما يلي: «أن يَشترط عليه شرطاً يقع في مدة الملك، وهذا ينقسم إلى ثلاثة أقسام: إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه، وإمّا أن يشترط إيقاع معنى في المبيع، وهذا أيضاً ينقسم إلى قسمين: أحدهما: أن يكون من معاني البِرّ، والثاني: أن يكون معنى ليس فيه من البِرّ شيء. فأما إذا اشترط لنفسه منفعةً يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل البيع، مثل: أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة، مثل الشهر، وقيل: السنة، فذلك جائز على حديث جابر، وأما أن يشترط منعاً من تصرف خاص أو عام، فذلك لا يجوز؛ لأنه من الثُّنيا... وعند الإمام مالك، أن استثناء السكنى لمدة قليلة جائز؛ لأنه من الغرر اليسير، ولم يجز في الكثير، خلافاً لأبي حنيفة الذي منع ذلك» ـ المرجع السابق.

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/ ١٩٣).

فالشرط إذا أوجب غرراً كثيراً، كمن باع داراً واشترط سكناها مدة طويلة حتى يعود هذا الشرط بالمنع على أصل التصرف، فذلك باطل، لمكان الغرر الكثير فيه، بخلاف ما لو اشترط سكناها شهراً أو سنة، أو مدة قليلة، فذلك جائز؛ لأن الغرر يسير، كما أسلفنا.

المرجع السابق: (٢/ ١٥٩).

وهذا ما قرره ابن رشد في كتابه «بداية المجتهد»، حيث يقول: «وأما مالك، فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام:

١ ـ شروط تبطل هي والبيع معاً.

٢ ـ وشروط تجوز هي والبيع معاً.

٣ ـ وشروط تبطل ويثبت البيع.

ثم يشير إلى مرونة ضابط الإمام مالك، بقوله: «وإعطاء فروق بيِّنةٍ في مذهبه بين هذه الأصناف. . . . عسيرٌ».

ثم بيَّن الإمام ابن رشد مرجع هذه الأقسام، فيقول: «وإنما هي راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يُخِلُّ بصحة البيوع، وهما: «الربا والغرر» وإلى قلَّته، وإلى التوسط بين ذلك، أو إلى ما يفيد نقصاً في الملك، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً، من قبل الشرط، أبطله ـ أي: الإمام مالك ـ وأبطل الشرط، وما كان قليلاً أجازه، وأجاز الشرط فيهما، وما كان متوسطاً أبطل الشرط، وأجاز البيع»[1].

على أن المالكية يرون أن الشرط الصحيح هو ما كان على الوجه التالي:

١ ـ مما يقتضيه العقد.

٢ ـ أو يلائم مقتضاه، وهو جائز قياساً عندهم لا استحساناً واستثناء كما يقول الحنفية[2].

٣ ـ أن يكون مما جرى به العرف والتعامل، فيصح من باب أولى، غير أن العرف ليس أساساً لتصحيح الشرط.

٤ ـ ألا ينافي مقتضى العقد، وإن كان العقد لا يقتضيه، ولا يلائمه.

---

(١) المرجع السابق: (٢/ ١٥٩).

(٢) ذلك، لأن الحنفية رأوا أن الشرط الصحيح هو ما يقتضيه العقد مبدئيًا، والملائم لا يقتضيه ظاهراً، فجاز استحساناً، أما المالكية فلكونهم لا يشترطون في الشرط الصحيح أن يكون من مقتضى العقد، جاز عندهم الملائم أصالة؛ إذ المنافاة هي التي تُبطل الشرط لا عدم الاقتضاء، وعدم الاقتضاء لا يستلزم المنافاة.

ولا ريب أن هذا الضابط جعل الفقه المالكي أكثر تصحيحاً للشروط التقييدية المقترنة بالعقد.

٥ ـ ألا يُخِلَّ بالثمن، بأن يورثه جهالة، كبيع الثُّنْيا، إلا أن يكون الغرر يسيراً.

وذلك، كأن يبتاع السلعة على أنه متى ردَّ الثمن له أخذ السلعة، وهو بيع الوفاء، وكبيع بشرط أنه إذا باع المشتري السلعة، فالبائع الأول أحق بها بالثمن الذي باع به المشتري، فهو شرط غير جائز عند المالكية، وإن كان جائزاً عند الحنابلة، كما سيأتي.

والعلة في فساد هذا الشرط هي جهالة الثمن، ذلك لأن فيه مصلحة للبائع، أو المشتري، حسب الأحوال، فإذا روعي في الشرط نقص الثمن بقدر غير معلوم، كان الشرط لمصلحة المشتري، أو زيادة الثمن، كان فيه مصلحة للبائع، وانتفاء معلومية الزيادة أو النقص جهالة.

٦ ـ ألا يكون الشرط متضمناً إلزاماً بالإقراض في عقد بيع، للنهي الصريح عن «بيع وسلف».

وبذلك لم يجاوز المالكية «مبدأ تعدد الصفقة» في هذه الصورة الأخيرة؛ إذ ورد بها نهي صريح خاص بها، يحرمها، والتحريم يستلزم البطلان في فقه المالكية، وعلة النهي هنا معنى الربا أو شبهته.

والواقع أن الأصل في الاشتراط وإن كان هو الحظر عندهم، لكن كثرة الاستثناءات التي نهضت بها ضوابط الشرط الصحيح، جعلت هذا الأصل محدود الأثر عملاً، فآل الأمر في التطبيق إلى أن يكون الأصل هو الإباحة، ولا سيما أنهم لا يشترطون الاقتضاء، ولا الملاءمة، ولا العرف، ضابطاً للشرط الصحيح.

ويمكن القول: إن الشرط الفاسد عند المالكية، هو ما اتصف بأحد أمور ثلاثة:

١ ـ بأن كان مناقضاً أو منافياً لمقتضى العقد، وهذا باطل بالإجماع، فيبطل هو والشرط المقترن به؛ لأنه كما يقول الخطابي: لا يتحقق به مقصود العقد، بل يُلغيه.

٢ ـ إذا كان الشرط يُخِلُّ بالثمن، فيورثه جهالة، كبيع الثُّنيا.

٣ ـ إذا كان شرطاً بالإقراض في عقد بيع، لورود النهي الصريح عنه بالذات، وكل شرط ورد النص الشرعي بالنهي عنه، فهو باطل إجماعاً.

هذا، ولا بد أن نقف على اجتهاد الإمام الشاطبي في شأن الشروط التقييدية المقترنة؛ لأنه يمثل الاتجاه الأصولي للفقه المالكي، إذ يقول: «إن الشروط مع مشروطاتها ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون مكمِّلاً لحكمة المشروط، وعاضداً لها، بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال، كاشتراط الإمساك بالمعروف، والتسريح بإحسان ـ في النكاح ـ واشتراط الرهن، والكفيل، والنقد، أو النسيئة في الثمن.

وهذا القسم يشمل الشرط الذي هو من مقتضى العقد، والشرط الملائم.

وهو لا إشكال في صحته شرعاً؛ لأنه مكمِّل لحكمة كل سبب يقتضي حكماً.

الثاني: أن يكون غير ملائم لمقصود المشروط، ولا مكملاً لحكمته، بل هو على الضد من الأول، كما إذا اشترط في النكاح ألا ينفق عليها، أو شرط في البيع أن لا ينتفع بالمبيع، أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض، أو شرط الصانع على المستصنع أن لا يضمن المستأجَر عليه إن تلف، وأن يصدِّقه في دعوى التلف، وما أشبه ذلك.

فهذا القسم لا إشكال في إبطاله؛ لأنه مناف لحكمة السبب(١)، فلا يصح أن يجتمع معه؛ لأن فيه جمعاً بين النقيضين، أو ما ينافي قواعد الشرع.

الثالث: أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه، ولا ملاءمته، وهو محل نظر، هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة، أو بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهراً؟

والقاعدة المستمرة في أمثال هذا التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لا يُكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة؛ لأن الأصل فيه التعبد

---

(١) أي: التصرف القولي أو العقد.

دون الالتفات إلى المعاني، والأصل ألَّا يُقْدَم عليها إلّا بإذن؛ إذ لا مجال للعقل في اختراع التعبُّدات، فكذلك ما يتعلق بها من شروط.

وما كان فيها من العادِيَّات (المعاملات) يُكتفى فيها بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه»[١].

وعلى ما قرره الإمام الشاطبي، أن الأصل في الشروط التقييدية هو الإذن والإباحة، خلافاً لما قررنا من أن المذهب المالكي يجعل أساس ذلك الحظر، ثم يبين بوضوح أن الشرط الصحيح هو ما كان موافقاً لمقتضى العقد، أو ملائماً له، أو لم يكن ملائماً ما دام غير مناف.

وأنت عليم بأن شرط «عدم المنافاة» كافٍ في عدم الاعتداد بالاقتضاء أو الملاءمة، فضلاً عن أنه لم يعتدَّ بضرورة جريان الشرط في العرف والتعامل إذا لم يكن من مقتضى العقد أو ملائماً له، بل اكتفى بعدم المنافاة[٢]، كما بينا.

وبذلك كان متفقاً ومذهب الحنابلة أيّما اتفاق، وإن كان هذا الأخير أوسع مجالاً بأدلة الآثار والسُّنَن.

هذا، من حيث الأصول العامة.

وعلى فرض أن المالكية يذهبون إلى أن الأصل هو الحظر، فلا يصح الشرط إلّا بدليل، لكنهم يتوسعون في هذا الدليل، فقد يكون استحساناً، أو مصلحة مرسلة، ومن باب أولى إذا جرى به العرف.

والمصلحة المرسلة هي أمر يتقبله العقل بالقبول، ويكون سبباً في تحصيل مصلحة، أو درء مفسدة، ولم يرد من الشرع دليل خاص به بعينه يشهد له بالاعتبار أو الإلغاء، كما قدمنا.

---

(١) «الموافقات»: (١/ ٢٨٣ ـ ٢٨٥).

(٢) على ما قرر الإمام الشاطبي.

فكل شرط لم يرد من الشارع دليل خاص به، يشهد له بالاعتبار أو المنع والإلغاء، وهو سبب إلى تحقيق مصلحة مشروعة للمشترط، وكان معقولاً في ذاته يتلقاه العقل بالقبول، فهو شرط صحيح، عملاً بقاعدة المصالح هذه، ما دام لا يلغي مقتضى العقد بالمنافاة، أو يورث غرراً كثيراً، أو ينطوي على رباً واضح، أو على جهالة فاحشة، أو يخلّ بالثمن، أو يوجب قرضاً، وقد قدمنا أن المصلحة المرسلة هي قطب الرحى في الفقه المالكي فيما عدا القطعيات.

فرجع الأصل إلى الإباحة عملاً، كما أسلفنا، وبذلك يستجيب الفقه المالكي لكل ما يقتضيه التعامل، مهما تطور به الزمن، ويقترب إلى اتجاه متأخري الحنابلة زلفى.

على أن المالكية لا يحكمون بفساد العقد لعلة فساد الشرط بإطلاق، فالشرط الذي يُخل بالثمن، أو يوجب غرراً أو جهالة، أو رباً، يصح معه العقد إذا تنازل عنه المشترط؛ لأنه ـ في اجتهادهم ـ من قبيل «المانع»، والقاعدة تقضي بأنه: «إذا زال المانع عاد الممنوع».

أما من حيث التفاصيل، فقد أوردنا ضوابط الشرط الصحيح عند المالكية على النحو الذي بينا، مشتقة من فُروعهم.

هـ ـ اتجاه الحنابلة:

يعتبر تحديد مجال الإرادة الإنسانية في إنشاء الشروط المقترنة بالعقد تقييداً، متعلقاً بمبدأ حرية التعاقد، أو بمبدأ سلطان الإرادة بوجه عام، كما أسلفنا.

والحنابلة أكثر الأئمة عملاً بهذا المبدأ، ومن هنا، كانوا أكثر الفقهاء تصحيحاً لهذه الشروط.

ويرون أن الشارع الحكيم هو الذي أذن أو فوَّض للإرادة أن تُنشئ من العقود والشروط ما تشاء، وذلك بأن جعل «الرضا» مناطاً للحل والمشروعية، سواء في العقود التبادلية (المعاوضات) أم التبرعات[1]، بحكم الشرع.

---

(١) لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ولقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤].

ولا يَفْسد الشرط إلّا إذا أوجب أمراً يحرمه الشارع بدليل شرعي، بأن كان مشتملاً على معنى الربا، أو الغرر، أو أوجب ما ينقض الحكم الأصلي للعقد ويلغيه (ينافي مقتضاه)، أو ينافي الشرع نفسه في قواعد مقاصده.

ونقض الحكم الأصلي للعقد بالشرط، هو ما أشار إليه ابن تيمية من «الجمع بين المتناقضين»[١].

فالأصل الإباحة، والمنع استثناء[٢].

ونورد بعضاً من تطبيقات هذا الأصل العام في الفقه الحنبلي:

١ ـ أجاز الإمام أحمد رضي الله عنه أن يقيد الملك المطلق عند مباشرة سببه بقيود تمنع التصرف المطلق، أو تقيد طريق الانتفاع، فأجاز تقييد المالك في أصل مقتضى العقد، إذا كان لجهة بر عام، بأن اشترط البائع على المشتري أن يقف المبيع (يجعله وقفاً).

٢ ـ وأقر أيضاً اشتراط البائع على المشتري، أنه إذا استغنى عن المبيع، وأراد بيعه، فهو بثمنه[٣] وهو ما لم يجزه المالكية؛ لأنه من بيوع الثنيا، كما علمت.

٣ ـ وأجاز أيضاً للبائع أن يبيع، ويشترط منفعة المبيع له مدة معلومة، ولو لم يَجْرِ بها عرف، كأن يبيع داراً ويشترط سكناها مدة معينة، اعتباراً بحديث جابر رضي الله عنه لكنه يشترط ألّا تطول هذه المدة، حتى لا تورث غرراً أو جهالة في الثمن على قدر كبير، وهو ما يتفق مع اجتهاد المالكية.

٤ ـ يقر انتقال الملكية التامة مقيدة بالشروط؛ إذ الشروط عنده على أصل

---

(١) يقرر هذا الأصل الإمام ابن تيمية بقوله: «إن العقود إنما وجب الوفاء بها، لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقاً، إلّا ما خصه بدليل».

(٢) «الفتاوى»: (٣/ ٢٣٩).

(٣) المرجع السابق.

الإباحة[١] لأنها من باب العادات والمعاملات، والأصل فيها الالتفات إلى العلل والمعاني ومصالح العباد، وهو ما أشار إليه الإمام الشاطبي آنفاً[٢].

٥ ـ أجاز الإمام أحمد البيع بما ينقطع به السعر، من غير تقدير الثمن وقت إنشاء العقد، وهو شرط يوجب جهالة في الثمن، كما ترى، ولكن أجازه للحاجة، ولمكان العسر والحرج في التعاقد على ما يتم شراؤه يوميًا، من الخبَّاز أو البقال أو الجزَّار، من قِبَلِ من يعاملونهم[٣].

٦ ـ هذا وأجاز كل شرط في النكاح، عملاً بقوله ﷺ: **«إنَّ أحقَّ الشروط أن تُوَفُّوا به ما استَحْلَلْتُم به الفروج»**[٤] إلّا ما ورد الدليل بتحريمه، أو كان ينافي حكمه الأصلي.

ويرى أن الوفاء بشروط النكاح أولى وآكد، للحديث السابق، ولقوله ﷺ: **«المسلمون عند شروطهم»**[٥].

ويؤكد هذا المعنى اجتهاد عمر رضي الله عنه وهو نص في الموضوع: «مقاطع الحقوق عند الشروط، ولَكِ ما شَرَطْتِ»[٦].

---

(١) «فتاوى ابن تيمية»: (٣/ ٢٣٩ وما يليها).

(٢) وهذا النظر يتفق وما أشار إليه الإمام الشاطبي، فيما أوردناه آنفاً من أقسام الشروط مع مشروطاتها. «الموافقات»: (١/ ٢٨٤).

(٣) «إعلام الموقعين» لابن القيم: (٤/ ٦).
ويقول ابن القيم في هذا ما نصه: «اختلف الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر، من غير تقدير وقت العقد، وصورته: البيع ممن يعامله من خباز أو لحام، أو سمان، أو غيرهم، يأخذ منه كل يوم شيئاً معلوماً، ثم يحاسبه عند رأس الشهر أو السنة على الجميع ويعطيه «ثم يحكي عدم جواز هذا البيع عند فريق من الفقهاء، ولا تنتقل به الملكية، ولا يحل الانتفاع بالمبيع... إلخ».
ثم يقول: «والقول الثاني ـ وهو الصواب المقطوع به، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر ـ على جواز البيع بما ينقطع به السعر، وهو منصوص الإمام أحمد....». المرجع السابق.

(٤) أخرجه البخاري: ٢٧٢١، ومسلم: ٣٤٧٢، وأحمد: ١٧٣٠، من حديث عقبة بن عامر.

(٥) أخرجه أبو داود: ٣٥٩٤، من حديث أبي هريرة، والترمذي: ١٣٥٢، وابن ماجه: ٢٣٥٣، من حديث عمرو بن عوف المزني، وقال: حسن صحيح.

(٦) علقه البخاري بصيغة الجزم قبل: ٢٧٢١، ووصله سعيد بن منصور في «سننه»: (١/ ١٨١)، وابن أبي شيبة: (٣/ ٤٩٩)، والبيهقي في «الكبرى»: (٧/ ٢٤٩). وانظر «أعلام الموقعين»: (٣/ ٣٣٨). =

فأجازوا أن تشترط الزوجة في عقد النكاح، ألا ينقلها زوجها من بلدها، أو ألا يسافر بها، وعللوا ذلك بأنه لا ينافي المقصود الأصلي من النكاح، وفيه مصلحة مشروعة للزوجة، ولها حق الفسخ، إن لم يُوَفَّ بالشرط، بل تجد لهم تفسيراً دقيقاً لمقتضى العقد، لا يتفق وتفسير الجمهور له، ذلك لأنهم يرون هذا المقتضى يتمثل في الغاية النوعية الأساسية التي شرع العقد من أجلها، فإذا كان الشرط منافياً لتلك الغاية بحيث إذا أخذ بالشرط أصبحت لغواً، فالشرط باطل، ومبطل للعقد أيضاً؛ لأن الغاية شَرْع، والشرط تصرف، ولا يجوز للتصرف أن يلغي الشرع، ولأنه جمع بين متنافيين، كما قدمنا، ومنافاة الشرع باطلة، فما يؤدي إليها باطل بالإجماع، وأيضاً: «ما يثبت بالشرع مقدَّم على ما يثبت بالشرط» عند التعارض.

أما إذا لم يمس الشرط ناحية أساسية في العقد بحيث تنتقض به غايته، وحكمه الأصلي، فالشرط صحيح، مراعاةً لمصلحة المشترط؛ إذ الأصل الإباحة بتفويض من الشارع، كما أشرنا، فليس كلُّ شرط لا يوجبه العقد يعتبر منافياً لمقتضاه؛ لأن عدم الاقتضاء لا يستلزم المنافاة، ولهذا قالوا: لو اشترط في عقد الزواج ألا تَحِلَّ به المتعة الزوجية، بطل الشرط والعقد معاً؛ إذ لا يبقى للعقد من معنى، لكن لو اشترط عدم ممارسة الاستمتاع الزوجي[1]، فإن النكاح صحيح، ويلغى الشرط وحده لفساده؛ إذ لا يُعقل أن يكون الاستمتاع حلالاً بالعقد شرعاً، وممنوعاً بالتصرف شرطاً.

= وإنما قلنا: إن قولة عمر ﷺ نص في الموضوع؛ لأنها وردت في حادثة رفعت إليه، تتعلق بالشروط المقترنة بعقد الزواج، من أن رجلاً شرط لزوجته أن تكون سكناها في دارها، ولما أراد نقلها إلى بيته، رفضت، وطلبت إليه الوفاء بما اشترط على نفسه، فترافعا إلى عمر، فقال: «لها شرطها» فقال الزوج: «إذن يُطَلِّقْنَنا» فقال له عمر: «مقاطع الحقوق عند الشروط، ولكِ ما شرطتِ». المرجع السابق.

(١) «المدخل الفقهي» للأستاذ الزرقاء: (١/ ٥٢٢).

هذا، ويرجع السبب في خِصب فقه الإمام أحمد في حرية التعاقد، شروطاً وعقوداً، إلى غزارة علمه بالفقه الأثري[١]، والسنة الصحيحة[٢].

هذا، ويبدو لنا أن متقدمي الحنابلة لا يتوسعون في حرية الاشتراط على النحو الذي رأينا عند متأخريهم، كابن تيمية وابن القيم؛ إذ يجعلان للشرط أثراً على مقتضى العقد نفسه، وذلك كما في تحديد طرق الانتفاع بالملك، الأمر الذي لا يجيزه أصل هذا المذهب؛ إذ يعتبرون مثل هذا الشرط فاسداً[٣].

وأيضاً، فإن متقدمي الحنابلة لا يجيزون شرطين في عقد، أو شرطاً يوجب عقداً في عقد، أخْذاً بمبدأ «وحدة الصفقة»[٤]، كما سيأتي بحثه.

ثالثاً ـ اجتهادات الأئمة وموقفهم من مبدأ وحدة الصفقة:

نهى رسول الله ﷺ عن اقتران عقد بعقد آخر، أو اقتران عقد بشرط، بأن يشترط أحد المتعاقدين في صيغة العقد شرطاً يوجب عقداً آخر، أو التزاماً زائداً، وقد ورد النهي في صيغ منها:

١ ـ نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط.

(١) يقول الإمام ابن تيمية في هذا المعنى: «ليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط من أحمد، وإن عامة ما يصححه من العقود والشروط، له دليل شرعي خاص، من أثر أو قياس، فلا يُعارَض ذلك بأنه مخالف لمقتضى العقد، وقد بلغه في العقود والشروط، من الآثار عن النبي ﷺ وعن الصحابة، ما لم نجده عند غيره من الأئمة». «الفتاوى»: (٣/ ٢٢٩ وما يليها).

(٢) أشار إلى هذا الشيخ أبو زهرة بقوله: «. . . نرى أن أحمد أخصب الأئمة فقهاً، في باب العقود والشروط، وأوسعها رحاباً لها، وأن علمه بالآثار كان يسعفه بآثار تفتح الباب للاشتراط في عقودٍ ظنَّ غيره ممن لا يعلم السنة كما يعلمهما أنه لا أثر فيه، وأن دراسته للآثار جعلته يفهم أن منطق الفقه الأثري يوجب الإطلاق دون التقييد، والإباحة دون المنع، حتى يقوم دليل به». «ابن حنبل» ص٣٣٨.

(٣) «المغني» لابن قدامة: (٤/ ١٧١).

(٤) من المعلوم أن ليس كل شرط مقترن بالعقد، يؤدي إلى وجود عقدين في عقد. هذا، وقد أشرنا إلى أن الفقه الحنبلي القديم، قد اختلف فيه الرأي في مسألة اشتراط شرطين في عقد، فبعضهم حمل ذلك على الشرطين الفاسدين، وآخرون أطلقوا، وفي هذا نظر، إذ كيف يحكم بفسادهما إذا كان صحيحين؟. المرجع السابق.

٢ ـ ونهى عن بيعتين في بيعة، أو عن صفقتين في صفقة.

٣ ـ ونهى عن بيع وشرط، وهذا الحديث قد تكلم في صحة إسناده.

٤ ـ ونهى عن بيع سلف.

٥ ـ ونهى عن شرطين في بيع.

وبذلك أخذ التشريع الإسلامي بمبدأ وحدة الصفقة، أو وحدة العقد، غير أن اجتهادات الأئمة في الأخذ بهذا المبدأ مختلفة المدى.

فالحنفية أخذوا بمبدأ وحدة الصفقة أصلاً عامًّا، ولكنهم أجازوا الشرط الملائم؛ لأنه ـ في الواقع ـ لم يُفِد صفقة جديدة، فالتعدد صوري، كما أسلفنا.

كما أجازوا الشرط الذي جرى به التعامل، لأن ما يوجبه من مصلحة لأحد في الواقع، فبقي العقد صحيحاً، ذلك لأن كلًّا من الشرط الباطل أو الملائم، ما دام لا يوجب صفقة حقيقية جديدة، فالصفقة واحدة، فلا يَجِدُ النهي له عندئذ محلًّا، أي: لم يتحققِ مناطه، فبقي صحيحاً، ويعمل بالملائم لأنه مؤكِّد، ويلغي الباطل وحده، وبذلك نكون قد أعملنا روح الحديث، واحتكمنا إلى مقصده ومعقوله.

كما أجازوا الشرط الذي جرى به التعامل؛ لأن ما يوجبه من مصلحة لأحد المتعاقدين، داخلٌ في حساب الثمن عرفاً، فانتفى بذلك معنى الربا الذي هو من علة النهي عن صفقتين في صفقة، وهو لا يتصور إلّا في عقود المعاوضات، فضلاً عن أن الشرط الذي جرى به العرف تنتفي معه مظنة التنازع عند تنفيذه.

وأيضاً اعتبروا كل شرط مقترن بالعقد صفقتين في صفقة، ولو لم يوجب عقداً، بخلاف الحنابلة.

أما المذهب الشافعي، فلم يجاوز مبدأ تحريم تعدد الصفقة إلّا في الشرط الملائم الذي يطلق عليه «الشرط الذي تقتضيه حاجة التعامل، أو الذي فيه مصلحة للعقد» ولم يجاوز نظرية مقتضى العقد إلى العرف، كما علمت.

وبذلك تمسك بنظرية مقتضى العقد، وبمبدأ تحريم تعدد الصفقة على مدى أبعد.

أما المالكية، فقد جاوزوا مبدأ تحريم تعدد الصفقة إلى مدى أبعد، فيما عدا

«الشرط الذي يوجب القرض في عقد بيع» (بيع وسلف) حيث قالوا بسقوط الصفقتين «القرض والبيع معاً» إذ ورد النص بالنهي عنهما صراحة وبالذات، «والشرط الذي يوجب جهالة في الثمن» كبيع الثُّنيا، أو غرراً فاحشاً، أو رباً ظاهراً، أو مناقضةً لغاية العقد الأساسية.

أما فيما عدا ذلك، فقد جاوزوا نظرية مقتضى العقد، فأجازوا الشرط الذي لا يقتضيه العقد، وأجازوا الشرط الذي لا يلائمه أيضاً، وما اشترطوا في الشرط الصحيح إلّا عدم المنافاة أو المناقضة، أو عدم ورود نص خاص به يحرمه، كما أسلفنا.

ومتأخرو الحنابلة قد تَخَطّوا مبدأ وجوب وحدة الصفقة، فأجازوا اقتران عقدين في عقد يوجب أحدهما شرطٌ تقييدي مقترن، ما لم يكن الشرط منافياً لمقتضى العقد الذي أُدرج الشرط في صيغته، أو ورد به نص يحرمه بعينه، فكانوا أوسع مدى من الحنفية والشافعية في ذلك؛ إذ لم يشترطوا الاقتضاء، ولا الملاءمة، ولا جريان التعامل.

إذن، أجاز متأخرو الحنابلة كل شرط، إلّا ما كان منافياً لمقتضى العقد، أو كان منافياً للشرع نفسه[1]:

وبذلك أمكن اعتبار المالكية ومتأخري الحنابلة مذهبين مقتربين في الموقف الاجتهادي من مبدأ وحدة الصفقة.

فمبدأ وجوب وحدة الصفة إذن عام مخصوص، ولكن التخصيص قد جرى فيه على تفاوت في اجتهادات الأئمة.

أما الظاهرية، فقد علمت أنهم أكثر المذاهب تمسكاً بنظرية مقتضى العقد، وبوحدة الصفقة أو العقد، ولم يجيزوا من الشروط إلّا سبعة، ورد النص بكل واحد منها بعينه، أو انعقد عليه إجماع.

(١) هذا، وقد اختلف في المراد من الشرطين اللذين نهي عنهما في بيع أو عقد، فذهب ابن قدامة إلى أن المراد بهما الشرطان الفاسدان، وقيل: أي شرطين، سواء أكانا فاسدين أم صحيحين، ولا يظهر لهذا وجه معقول. «المغني»: (١٦٩/٤).

والواقع أن العلة في النهي عن تعدد الصفقة، إما الربا، أو الغرر أو الجهالة المفضية إلى النزاع الذي يتعذر معه تنفيذ العقد، أو إلغاء مقتضاه والمقصود الأصلي منه، أو منافاته للشرع نفسه بنص خاص به، أو اتخاذه ذريعة لتحليل محرم، أو إسقاط واجب، تنفيذاً لباعث غير مشروع[1]، تحايلاً على مقاصد التشريع وقواعده؛ لأن القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي، ومناقض له، أو لمجرد المضرة والعبث، حتى إذا خلا من كل أولئك، كان صحيحاً رغم التعدد؛ إذ النهي عند التعدد لا لذاته، بل هو معقول المعنى، ومعلَّل بالمعاني التي أشرنا إليها، تحقيقاً للمصلحة والعدل، كما يقول الإمام مالك[2].

الشرط الصحيح عند متأخري الحنابلة:

أولاً ـ ما لم يكن منافياً لمقتضى العقد بحيث يلغيه، وهذا ضابط مجمع عليه.

فإذا كان الحنفية والشافعية يرون أن شرط الصحة هو الاقتضاء، فإن عدم المنافاة شرط للصحة من باب أولى، وهو ما ذهب إليه المالكية أيضاً.

ثانياً ـ ألا يرد بشأنه نص خاص به يمنعه، أو يصادم قاعدة عامة قطعية في موضوعه.

وعلى هذا، فالشرط الصحيح عند الحنابلة هو ما لا ينافي مقتضى العقد، سواء أكان يقتضيه، أم لا يقتضيه، بأن كان زائداً عليه، وسواء أكان مما يلائمه، أم لا، ولو.

حكم الشرط الصحيح:

أما الشرط الصحيح، فقد أصبح جزءاً من مقتضى العقد، إذ لم يتم التراضي بين العاقدين إلّا على أساسه، فيلزم ويجب الوفاء به على المشترط عليه.

---

(١) اتفق الفقهاء على أن الباعث غير المشروع محرم ديانة، وأنه إذا كان شرطاً مقترناً بالعقد صراحة، أبطله، واختلفوا بعد ذلك فيما إذا لم يكن صريحاً، بأن أمكن استخلاصه عن طريق القرائن، أيبطل به التصرف أو لا؟ وسيأتي بحثه مفصلاً.

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/ ١٩٣).

رابعاً ـ اجتهادات الفقهاء في الشرط الملائم المؤكد لمقتضى العقد معنى:

قلنا: إن الحنفية أجازوا الشرط الملائم الذي لا يقتضيه العقد، ولكن يؤكد معنى موجَبِه، استحساناً أو استثناءً من القياس العام الذي يقضي بعدم جواز كل ما لا يقتضيه العقد من الشروط، في اجتهادهم.

أما الشافعية والمالكية والحنابلة، فقد أجازوا الشرط الملائم أصالة وقياساً لا استحساناً، ذلك لأن القياس العام عندهم، أن الشرط الصحيح هو ما لم يكن منافياً لمقتضى العقد، سواء أكان مما يقتضيه العقد أم لا يقتضيه.

ولما كان الملائم مما لا يقتضيه العقد؛ لأنه زائد، ولكن لا ينافيه، فقد جاز هذا النوع من الشروط عندهم أصالة وقياساً، لا استثناءً؛ لأن العلة هي كونه من مصلحة العقد، ومصلحة التعامل، ولا معارض له من جهة الشرع.

فالشافعية يرون أن الملائم هو ما لا يقتضيه العقد، ولكن فيه مصلحته، ومصلحة العاقد، وتدعو الحاجة إليه، والمقصود بالحاجة حاجة المتعاقدين أو حاجة التعامل عامة[1].

وأما المالكية، فيرون أن الملائم هو شرط لا يقتضيه العقد، ولا ينافيه، وهو من مصلحة العقد؛ لأنه يوثِّق موجَبَهُ، ويساعد على تنفيذه.

ويقولون أيضاً: إنه لا معارض له من جهة الشرع فكان صحيحاً، متمكناً في صلب العقد، وجزءاً منه، فيصبح لازماً يجب الوفاء به؛ لأن التراضي قد تم على أساسه.

٣ ـ وأما الحنابلة فيرون «الملائم» شرطاً من مصلحة العقد نفسه؛ لأنه يساعد على تنفيذه، ولأنه تتعلق به مصلحة عاقديه، ولا معارض له من جهة الشرع[2].

فالآراء كما ترى متفقة.

وبذلك يبدو لك أن أضيق المذاهب في الشرط الملائم من الناحية النظرية، هو

---

(١) «نهاية المحتاج»: (٣/ ٤٣٣ وما يليها).

(٢) «بداية المجتهد»: (٢/ ١٣٣ وما يليها)، والدسوقي علي الدردير: (٢/ ٦٥ وما يليها).

المذهب الحنفي الذي يتمسك بنظرية مقتضى العقد لتحقيق التوازن في مضمونه؛ لأنه يجيز استثناء، لا أصالة، ويليه المذهب المالكي[١]، توسعاً، ثم المذهب الحنبلي، أوسع المذاهب الفقهية في الشروط، لكثرة ما استند إليه من الآثار التي تصححها.

وإنما قلت: من الناحية النظرية؛ لأنه من الناحية العملية، تتفق الآراء على جواز الشرط الملائم.

خامساً ـ أدلة الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية وبعض الحنابلة:

استدلوا أيضاً بالنقل والعقل.

أ ـ أما النقل فلعموم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١] والشرط عقد، فالإلزام بالشرط التقييدي واجب شرعاً بمقتضى عموم الآية الكريمة، لكن هذا الإلزام بالعقود عامة قد يؤدي إلى إحلال محرم، أو تحريم ما أحل الله، إذا لم يكن صحيحاً ثابتاً بدليل من مصادر الشريعة ابتداءً، نصًا أو دلالة، لذا قالوا: الأصل المنع حتى ينهض بالشرط، الدليلُ المبيح. كان فيه مصلحة أو منفعة مطلوبة لأحد المتعاقدين، وسواء أجرى به العرف أم لم يجر.

وبعبارة أخرى: إن الشرط الصحيح عند متأخري الحنابلة، هو ما لم يكن منافياً لمقتضى العقد، ولا منافياً للشرع، وهو ما أشار إليه ابن تيمية بقوله: «لا بد في العقد من رضا المتعاقدين، وموافقة الشرع».

الشرط الصحيح في الفقه الوضعي:

استقر في الفقه الوضعي أن كل شرط صحيح، ما لم يكن منافياً لموجب العقد، أو القانون، أو للنظام العام والآداب، أو كان مستحيلاً، فيكون باطلاً[٢].

(١) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٣/ ٢٨٣).

(٢) «مصادر الحق»: (٣/ ١٩٤)، وهو ما أخذ به القانون المدني العراقي في المادة (١٣١).

ويتفق هذا النظر مع الاجتهاد الحنبلي[(١)]، فقد قرر الإمام ابن تيمية القاعدة السابقة: «لا بد في كل تصرف من رضا المتعاقدين، وموافقة الشرع» فكل شرط لا يخالف شيئاً في كتاب الله، أو سنة رسوله، أو لم يثبت من قواعد التشريع المنع فيه، فهو صحيح[(٢)].

هذا، والشرط المستحيل غير معتبر شرعاً، للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن «ما لا يصح في حكم العقل، لا يقع في الشرع».

الشرط الباطل أو شرط المضرة، مدلولاً وحكماً:

أما الشرط الباطل، فهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد، بل هو أمر زائد عليه، ولا يلائمه، ولا ورد به نص، ولا جرى به العرف، ولا منفعة فيه لأحد.

وحكم الشرط الباطل المقترن بالعقد تقييداً، أنه لا يؤثر على العقد، بل يبطل وحده، ويبقى العقد صحيحاً، سواء أكان من عقود المعاوضات أم التبرعات أم التوثيقات أم غيرها، ويطلق عليه شرط المضرة.

ويتفرع حكم الشرط الباطل هذا عن أصل عام في التشريع الإسلامي، مفاده: أن الحكم الذي لا مصلحة فيه لأحد لا يشرع، بناءً على الأصل العام من أنَّ الأحكام معللة بمصالح العباد، والشرط الباطل منافٍ لأصل التعليل بالمصالح؛ لأنه إمّا عبث، أو إلزام بضرر محض، وكلاهما باطل، لا يشرع.

وتأسيساً على أنه لا منفعة فيه لأحد، أنه لا تصح المطالبة به قضاءً؛ إذ المطالبة القضائية فرع عن سبق وجود المصلحة، وهذا لا منفعة فيه لأحد.

ويتفرع عن أنه لا تصح المطالبة به، أنه لا يتمكن حقًّا في صلب العقد، ولا يصبح جزءاً من مقتضاه.

---

(١) ويقول الشيخ أبو زهرة في هذا المعنى: «فدراسة أحمد للآثار جعلته يفهم أن منطق الفقه الأثري يوجب الإطلاق والإباحة، حتى يقوم دليل التقييد والمنع». كتاب «ابن حنبل» ص٢٢٨.

(٢) المرجع السابق ص٢٣٧.

وبذلك غلّب الحنابلة القاعدة العامة التي تقضي بوجوب الوفاء بالعقود والشروط بتفويض من الشارع الذي جعل مناط الصحة هو التراضي. المرجع السابق ص٢٢١.

ويتفرع أيضاً عن كونه غير متمكن حقًّا أو بنداً في صلب العقد، أنه يسقط وحده، فلا يسري بطلانه إلى العقد، بل يبقى العقد صحيحاً.

ومن أمثلة الشرط الباطل، اشتراط البائع على المشتري ما يقيده في تصرفه في المبيع، على نحو لا يدفع ضرراً، أو يجلب مصلحة لأحد، بل لمجرد التقييد والإضرار، كأن يشترط عليه ألا ينتفع بالمبيع مدة معينة من الزمن، أو ألا يبيعه، أو لا يستعمل السيارة المبيعة إلّا بكيفية خاصة، دون أن يكون في ذلك مصلحة لأحد، بل لمجرد التقييد الضار، كما ذكرنا[(١)].

وبذلك لا يبقى وجه للإلزام بالشروط المقترنة المقيدة عامة، على ظن أن الأصل فيها الإباحة، إذ تشمل ـ في الواقع ـ الباطل المردود، لقوله ﷺ: «**من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد**»[(٢)] فقالوا بالحظر حتى يرد المبيح، فالعموم في الآية الكريمة مخصوص.

ب ـ ثبت أن النبي ﷺ: «قد نهى عن صفقتين في صفقة» وعن «شرطين في عقد» كما «نهى عن بيع وشرط»[(٣)] ولا شك أن الشرط التقييدي المقترن بالعقد داخلٌ في عموم النهي، فثبت أن الأصل هو الحظر، حتى يثبت الحل بدليل من الشارع نفسه، استثناء من هذا العموم، منعاً للشطط والتعدي على حدود الله تعالى وأحكامه التي حددها في مقتضى العقد.

---

(١) «الفروق» للإمام القرافي: (١/ ٢٧٥ ـ ٢٧٦)، و«فتح القدير» للكمال بن الهمام: (٥/ ٢١٤ ـ ٢١٨).

(٢) أخرجه مسلم: ٤٤٩٣، وأحمد: ٢٥١٢٨، من حديث عائشة.

(٣) نهيه ﷺ عن صفقتين في صفقة: أخرجه أحمد: ٣٧٨٣ من حديث ابن مسعود، وهو صحيح لغيره، وأخرجه أبو داود: ٣٤٦١، والترمذي: ١٢٣١، والنسائي: (٧/ ٣٩٥)، وأحمد: ٩٥٨٤ بنحوه، من حديث أبي هريرة، وإسناده حسن.

أما نهيه ﷺ عن شرطين في عقد: فأخرجه أبو داود: ٣٥٠٤، والترمذي: ١٢٣٤، والنسائي: (٧/ ٢٨٨)، وأحمد: ٦٦٢٨، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، وإسناده صحيح.

أما نهيه ﷺ عن بيع وشرط: فأخرجه النسائي: (٧/ ٢٩٥)، من حديث عبد الله بن عمرو.

انظر: «نيل الأوطار»: (٥/ ١٧١) للشوكاني، تكلم المحدِّثون في حديث النهي عن بيع وشرط، لضعف في إسناده.

أما المعقول:

أ ـ فلأن مقتضى العقد شرعٌ ثابت، كما أشرنا؛ لأنه من وضع الشارع أثراً لعقد، فليس للإرادة الإنسانية العقدية أن تتصرف في تغيير هذه الحدود والأحكام، زيادة أو نقصاً؛ لأنه تغييرُ شرعٍ، يمس مبنى العدل والحق في تشريع المعاملات، وهو «التوازن» إلّا ما يبيحه الشارع من ذلك بدليل من عنده، نفياً لما قد يوجبه الشرط من معاني الظلم، أو ما يسببه من تنازع.

ب ـ أن لكل عقد غاية نوعية قد شُرع هو وسيلة لتحقيقها، كنقل الملكية في المبيع، وملك المنفعة في الإجارة، وحق الاحتباس في المرهون، وما إلى ذلك، فلو أطلقت للإرادة حريتها في الاشتراط لجاوزت حدود الحق، ولأتت على تلك الغاية بالنقض والإلغاء، وبذلك يصبح العقد بلا معنى من جهة، ويتحقق التعدي على حدود الله فيما أقام سبحانه من مبنى للعدل، من جهة أخرى، وما فيه تعدٍّ على حدود الله، فهو غير مشروع؛ لأنه ظلم، ومن ثَمَّ لا يباح شرط إلّا إذا ثبتت صحته أولاً بدليل مستمد من مصادر الشريعة.

ج ـ أن «التراضي» وحده غير كاف من حيث اعتباره مناطاً للحِلِّ والمشروعية في العقود والشروط، لتنتج آثارها الملزمة، بل لا بد ـ مع ذلك ـ من موافقة الشرع أيضاً؛ إذ قد يتم الاتفاق على مخالفة النظام الشرعي للعقد، أو للنظام الشرعي العام، وهو ما أشار إليه ابن تيمية.

د ـ لا ريب أن أقوال المتعاقدين وإراداتهم ليس لها بذاتها قوة الإلزام شرعاً، بل إنما تستمد هذه القوة من الشارع؛ إذ هو الذي يرتب الآثار، وما لا يقره الشارع بدليل من عنده، لا يترتب عليه أي أثر، فثبت ما قلنا من أن الأصل المنع، حتى تثبت صحة الشرط بالدليل المسوغ.

هـ ـ ولا يقال: إن الأصل الإباحة؛ لأن هذا دليل عقلي سلبي، لا شرعي إيجابي؛ إذ هو رجوع إلى ما كان عليه الحال قبل نزول الشريعة، والحقوق ليس مصدرها أصل الإباحة، بل الشريعة هي مصدر كل حق، كما قدمنا.

و ـ قد يوجب الشرط جهالة فاحشة، أو رباً محرماً، أو غرراً كبيراً، أو يوجب ما ينقض الملك، أو يثير النزاع الذي يتعذر معه تنفيذ العقد، وما شرع التعامل لهذا، فكانت حرية الاشتراط راجعة على أصل تشريع المعاملات بالنقض، وما كان كذلك لا يشرع، فلا ندحة لنا إذن من القول بأن الأصل المنع حتى يثبت التفويض من المشرع نفسه، بالدليل الشرعي المسوغ.

ز ـ وأيضاً لا ندري حكمة معقولة من أن يتولى الشارع ترتيب آثار العقد عند نشوئه، ثم لا يكون له الإشراف ابتداءً على كل تصرف يعدِّل من هذه الآثار بالإرادة والاشتراط؟

هذه هي جملة أدلة الجمهور الذين تمسكوا بنظرية «مقتضى العقد» في شيء من التبسيط والتفصيل[1].

غير أن الجمهور اختلفوا بعد ذلك في الدليل المسوغ، ما هو؟

أما الظاهرية فيرونه في النص الخاص الوارد في الشرط بعينه أو الإجماع، دون سواهما، كما علمت.

وأما الحنفية والشافعية والمالكية، فيرونه ـ فضلاً عن النص والإجماع ـ في مصادر الشريعة الأخرى، على تفاوت بينهم.

فالحنفية يرون «العرف» الذي جرى بالشرط، ضابطاً من ضوابط الشرط الصحيح، إذا لم يعارضه نص في موضوعه، على سبيل الاستحسان[2] خلافاً لزفر[3].

---

(١) راجع هذه الأدلة في «البدائع» للكاساني: (٥/ ١٧٢)، و«فتح القدير» للكمال بن الهمام: ج٥، و«المبسوط» للسرخسي: (١٣/ ١٨ وما يليها)، و«المحلى» لابن حزم: (٨/ ٤١٢)، و«تحفة المحتاج»: (٥/ ٥٣ وما يليها)، و«نهاية المحتاج»: (٣/ ٤٣٣ وما يليها).

(٢) «الدر المختار»: (٤/ ١٣٦)، و«المبسوط»: (١٣/ ١٤).

(٣) أما زفر، فلم يُقر الشرط الذي جرى به العرف؛ لأنه لا يقتضيه العقد، وفيه نفع زائد لأحد العاقدين، خال عن العوض، وهذا هو معنى الربا. «بدائع الصنائع»: (٥/ ١٧٢).
أما متأخرو الحنفية، فيرون أن العرف الحادث إذا جرى بالشرط، ولم يؤدِّ إلى النزاع، وجب اعتباره، ولو لم يتعامل الناس به من قبل؛ لأن نزع الناس عن أعرافهم إيقاع لهم في الحرج، وهو مدفوع في الدين بالنص. «رد المحتار»: (٤/ ١٣٦).

هذا، فضلاً عن «الملاءمة» التي تؤكد مقتضى العقد معنى، فاعتبروها ضابطاً للشرط الصحيح، استثناء أيضاً.

والمالكية لم يشترطوا إلّا عدم المنافاة للحكم الأصلي للعقد، وعدم المصادمة لنص خاص، أو قاعدة قطعية.

فلم يشترطوا الاقتضاء، ولا الملاءمة، ولا العرف، وإنما اعتمدوا الاستحسان، والمصالح المرسلة، دليلاً لصحة الشرط، فضلاً عن النص، إذا ورد مبيحاً لشرط بعينه، وبذلك اقتربوا من مذهب متأخري الحنابلة.

سادساً ـ أدلة الحنابلة على أن الأصل حرية التعاقد:

استدلوا بالنقل والعقل.

أ ـ أما النقل فلعموم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١] وهو عين ما استدل به الأولون.

ب ـ بعموم قوله تعالى: ﴿وَبِعَهۡدِ ٱللَّهِ أَوۡفُواْۚ﴾ [الأنعام: ١٥٢] وبقوله سبحانه: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَٰنَٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ﴾ [المؤمنون: ٨]. وسائر الآيات التي توجب الوفاء بالعهد، وتذم النكث فيه، فضلاً عما ورد من مثل ذلك في السنة.

والشرط عهد؛ لأنه يتضمن تعهداً بالوفاء بما أوجبه من التزام، لمصلحة العاقد الآخر.

ووجه استدلالهم بالآيات الكريمة، أن الله تعالى أمر بالوفاء بكل ما يصدق عليه أنه عقد، أو عهد، أو شرط، أمراً عامًّا، ومطلقاً، دون تفصيل، أو تخصيص، أو تقييد، فدل ذلك على أن كل عقد أو شرط واجبُ الوفاء به، بمقتضى هذا العموم[(١)]، وهو لا يكون كذلك إلّا إذا كان صحيحاً، وإلا بطل العمل بالعمومات، فثبت أن الأصل أن كل عقد أو شرط صحيح، وإلّا لما أوجب الله تعالى الوفاء به بوجه عام، ما لم يدل دليل على المنع والتحريم.

---

(١) الأصل المتفق عليه بين الأصوليين أن العام يُجرى على عمومه، ما لم يرد الدليل المخصص. راجع بحث العام، في «أصول التشريع» للمؤلف ص٥٠٠ ـ ٥٠٦.

بل يثبت هذا الحكم العام ـ وهو وجوب الوفاء ـ ولو لم يكن الله تعالى قد أمر بأصل العقد أو الشرط قبل إنشائه؛ لأنه تعالى إنما أمر بالوفاء بالعقود أو الشروط بعد إنشائها.

قالوا: ولو كان الأصل الحظر والفساد إلّا ما أباحه الشرع، لم يجز أن يأمر بالوفاء بها أمراً عامًّا، ويذم من نقضها أو غدر بها، بإطلاق!

ج ـ تحريم شيء من الشروط التي يتعامل بها الناس فعلاً، تحقيقاً لمصالحهم، وسدًّا لحاجاتهم، بغير دليل شرعي، هو تحريم لما لم يحرمه الله ورسوله، وهو تعدٍّ على حدود الله، وذلك لا يجوز المصير إليه بحال، فضلاً عن إيقاع الناس في الحرج.

د ـ من الثابت أن الأصل في الأشياء الحِلّ، لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩] فما لم يفصّل ويبيِّن تحريمه من الأشياء بنص، أو دليل خاص به، فهو حلال، والنص عام ـ كما ترى ـ في الأفعال والتصرفات، فلْيُستصحَبْ هذا الأصل على كل شرط يشترطه المتعاقدان، تقييداً لآثار العقد؛ لأنه أصل الحِلّ العام، حتى يرد المنع المغيِّر؛ لأن التحريم أو المنع هو مناط الفساد، ومنشأ البطلان[١].

هـ ـ بقوله ﷺ: «**الصلح جائز بين المسلمين، إلّا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم، إلّا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً**»[٢].

ووجه استدلالهم بهذا الحديث، أن ليس للعاقد أن يشترط ما يحرِّم الحلال، أو يُحلُّ الحرام؛ لأن هذا تشريع مبتدأ، وإنشاء كلية شرعية لم يؤذن له بها، بل هو افتئاتٌ على حق الله في التشريع، ﴿إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ﴾ [يوسف: ٤٠].

---

(١) «الفتاوى» للإمام ابن تيمية: (٣/ ٣٣٤).

(٢) أخرجه الترمذي: ١٣٥٢، وابن ماجه: ٢٣٥٣، من حديث عمرو بن عوف، وأخرجه أبو داود: ٣٥٩٤، وأحمد: ٨٧٨٤، مختصراً من حديث أبي هريرة، وإسناده حسن.

هذا، ولا يجوز للمشترط أن يسقط بالشرط ما أوجبه الله تعالى، وإنما للمشترط أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً ولا حراماً، فمقصود الشروط إذن إيجاب ما لم يكن واجباً ولا حراماً[١]، وعدم الإيجاب ليس نفياً للإيجاب حتى يكون الشرط مناقضاً للشرع، فالشرط الصحيح لا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً[٢] ولا حراماً.

لا يقال: إن تحريم الحلال الوارد في الحديث الشريف شامل لتحريم المباح، بأن يلتزم بالشرط ترك المباح؛ لأن هذا المعنى يجعل الحديث متناقضاً أَوَّلُهُ مع منتهاه، إذ ينفي أوله ما يثبته منتهاه، فأوَّله يثبت أن المسلمين ملتزمون بشروطهم، واقفون عند حدودها، موفون بها، وهذا يفيد صحة كل ما يلتزمون به من شروط، ويرتبطون به من فعل، أو ترك فعل، فلو كان قوله ﷺ: **«إلّا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»** محمولاً على بطلان كل شرط يوجب فعل المباح، أو يوجب تركه، لما صح اشتراط شرط على الإطلاق، ولفسدت الشروط كلها، من قِبَلِ أن الشرط إنما يرد على مباح، لا على واجب؛ لأنه لا يفيد، ولا على محرم، إذ الالتزام بالمحرمات إحلال لها، وذلك باطل؛ لأنه عصيان، بل يقصد بالشروط وجوب شيء لم يكن واجباً من قبل ولا حراماً، وهذا هو المباح[٣].

ألا ترى أن «النَّذْر» في شيء مباح في الأصل، يصبح بالنذر واجباً، فكذلك الشرط؛ لأن عدم إيجابه شرعاً لا يقتضي نفي إيجابه شرطاً.

ومعلوم أن المباح هو ما استوى فيه طرفا الفعل والترك، وجعلت الخِيرَة فيه للمكلف، إن شاء أقدم، وإن شاء أحجم، على ضوء من مصلحته الذاتية وتقديره الشخصي.

ألا ترى أيضاً أنه يجوز للحالف أن يلتزم بالامتناع عن شيء مباح بيمينه؟

إذا تقرر هذا، فإن المتعاقد له أن يُلزم نفسه بنفسه، وبإرادته الحرة، بأحد طرفي

---

(١) «الأشباه والنظائر» للسيوطي: ص١٠٢.

(٢) وهو المباح.

(٣) «الفتاوى»: (٣/ ٣٣٤).

المباح، فيوجب الفعل على نفسه، بعد أن لم يكن واجباً، أو يوجب الترك، ومثال ذلك «الناذر» كما ذكرنا، له أن يوجب على نفسه ما لم يكن واجباً عليه في الأصل، ويعتبر ملتزماً شرعاً بنذره، لقوله تعالى: ﴿وَلْيُوفُوا۟ نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩] بينما لم يكن ملتزماً بذلك قبل النذر، فكذلك الشرط.

ولا مناقضة هنا؛ لأن كل ما في الأمر أن الشارع لم يوجب المباح، وقدمنا أن «عدم الإيجاب لا يدل على نفي الإيجاب»[(١)]، حتى يكون المشترط مناقضاً لإرادة الشارع، كما أشرنا.

على أن ابن القيم، يرى أن الشرط في حقوق العباد (المعاملات) أوسع من الشروط في حق الله تعالى الخالص (العبادات) بمعنى أن الإنسان ليس له أن يوجب على نفسه في العبادات ما لم يكن واجباً إذا كان من جنس العبادات المقررة، بخلاف المعاملات[(٢)].

فإذا كان الالتزام بالنذر خالصاً لوجه الله تعالى، لا يبطل منه إلّا ما خالف حكم الله في شرعه، فإن الالتزام بالشرط في المعاملات أولى بالصحة والإلزام، لما ذكرنا[(٣)].

ح ـ وبقوله ﷺ: **«الناس على شروطهم، ما وافقتِ الحق»**[(٤)].

وهذا ما يشهد له الكتاب والسنة[(٥)]، وتتم الموافقة بعدم وجود ما ينافي الشرط شرعاً، أو عدم ما ينافيه من مقتضى العقد أيضاً.

ط ـ واستدلوا بالأثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فيما رواه البخاري[(٦)]، أنه قال: «مقاطعُ الحقوقِ عند الشُّروط».

---

(١) المرجع السابق للإمام ابن تيمية: (٣/ ٣٢٩ وما يليها).

(٢) «إعلام الموقعين» لابن قيم الجوزية: (٣/ ٣٤٠).

(٣) المرجع السابق.

(٤) أورده ابن تيمية في «الفتاوى الكبرى»: (٤/ ٨٦)، نقلاً عن البزار.

(٥) «الفتاوى» لابن تيمية: (٣/ ٣٢٩ وما يليها).

(٦) معلقاً بصيغة الجزم قبل: ٢٧٢١، ووصله سعيد بن منصور في «سننه»: (١/ ١٨١)، وابن أبي شيبة: (٣/ ٤٩٩)، والبيهقي في «الكبرى»: (٧/ ٢٤٩).

فهذا الأثر يفيد بظاهره، أن الحقوق تَتَحَدَّدُ وتلزم من كانت عليه، بالشروط، وهو بعمومه شامل لكل شرط إلّا ما خُصَّ بدليل[١].

ي ـ واستدلوا بالمعقول:

١ ـ إن العقود والشروط المقترنة بها، من العادات (المعاملات) لا العبادات، فإذا كانت العبادات لا بد أن يَرِدَ بكل منها نص خاص بها، يُقر أصله، ويُكيِّف فعله، ويرسم طريقة أدائه، ويعدِّد أركانه، وشروط صحته، ومقداره، ووقته، وما إلى ذلك، فلأن الأصل أن الله تعالى «لا يُعْبدُ إلّا بما شَرَع» وعلى النحو الذي يريد، ثمَّ هي مفروضة على المسلم خاصةً، فلا يؤديها إلّا هو، ولا تقبل إلّا منه.

أما العادات (المعاملات) فيمارسها المسلم وغيره، والأصل فيها الالتفات[٢] إلى المعاني والمصالح، ودفع الحرج، وتحقيق اليسر، والنصوص التي تنظمها الأصل فيها التعليل، لتعيين وجه المصلحة؛ إذ لولاها لما كان للعرف حاكمية بين الناس، شريطة ألا تصادم نصًا خاصًا في موضوعها.

لذا، كان من المقررات الفقهية أن «المعاملات طِلْقٌ حتى يَرِدَ المنع»، أي: الأصل فيها الإباحة والحِلُّ، فما لم يرد من الشارع ما يحرم العقد أو الشرط، أو يصطدم مع العرف بنص خاص في موضوعه، فهو باق على أصل الحل العام، تحقيقاً لمصالح الناس التي ما شرعت أصول المعاملات إلّا من أجلها.

٢ ـ لم يثبت في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلّا ما ثبت حله وصحته بعينه، كما يزعم الظاهرية.

---

(١) روي أن امرأة اشترطت على زوجها في عقد زواجها بأن تكون سكناها في دارها، ولما أراد نقلها إلى داره رفضت، فتقاضيا إلى عمر ﷺ: فقال: «لها شرطها» فقال الرجل: إذن يطلقننا، فأجابه عمر بقوله: «مقاطع الحقوق عند الشروط، ولها ما شرطت». «إعلام الموقعين»: (٣/ ٣٣٨)، و«كشاف القناع»: (٣/ ٥٣).

(٢) «جامع العلوم والحكم» لابن رجب الحنبلي ص٢٠٠.

٣ ـ على أن مما يدل على أن الأصل العام في المعاملات ـ عقوداً وشروطاً ـ الإباحة، هو وجودها قبل ورود الشرع، فيحكم على كل عقد مستحدث، أو شرط يقترن به بالإباحة، استصحاباً للأصل، حتى يرد الدليل المغيِّر، فالأصل في المعاملات إذن هو الحل العام، والمنع استثناء بالدليل.

يرشد إلى هذا، أن الله تعالى قد بين ما حرمه تفصيلاً، لقوله سبحانه: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩] فبقي ما عداه على أصل الإباحة، دون تفصيل؛ لأن المباح لا حصر له.

وإذا انتفى دليل التحريم، كان ذلك دليلاً على عدم التحريم، أو دليلاً على الحل والمشروعية، وإلّا كان التحريم بلا دليل، والتحريم بلا دليل، تحريم لما أحل الله، وهو منهي عنه بالنص؛ لأنه افتئاتٌ وتعدٍّ على حق الله في التشريع، ولا يقول بذلك أحد.

وبانتفاء التحريم يصح الشرط؛ لأن التحريم هو آية الفساد ومناطه، كما أشرنا.

٤ ـ إن الله تعالى قد جعل مناط الحل في التجارة والمعاملات، وانتفاع أحد المتعاقدين بمال الآخر، هو «التراضي» لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، كما علّق جواز الانتفاع بمال الغير الممنوع هبةً على طيب نفسه، بقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤].

فإذا كانت «العلة» في انعقاد العقد والشرط، هي الرضا، بإذن الشارع، وتفويض منه، ونتيجة ذلك ما أوجب المتعاقدان على أنفسهما بالتعاقد، كما يقول ابن تيمية، فليثبت هذا القدر، ولا يحرم من الشروط إلّا ما ينافي مقتضى العقد، أو يتضمن ما حرم الله ورسوله[١].

وعلى هذا، فلا يحكم على العقد المُستحدث[٢]، أو الشرط التقييدي المقترن بالعقد بالمنع، إلّا بأحد الشرطين التاليين، أو كليهما:

---

(١) «الفتاوى» للإمام ابن تيمية: (٣/ ٣٢٩ وما يليها).

(٢) استحدثت عقود جديدة في عصرنا هذا، من مثل عقد التأمين على الحياة، ومن مثل عقود الشركات =

الأول: مناقضة شرع الله ورسوله، ونظامه الشرعي العام، وذلك بأن يُحل ما حرم الله ورسوله، أو العكس.

الثاني: منافاة الشرط لمقتضى العقد.

والواقع أن مقتضى العقد ينهض به أحكام عامة تشمل العقد بوجه عام، وأحكام خاصة بكل عقد، قد حددها الشارع.

سابعاً ـ رَأيُنا في موقف الظاهرية من حرية التعاقد بخاصة، وتفسير الشريعة بعامة، ومناقشة أدلتهم، وأدلة القائلين بأن الأصل في الشروط الحظر:

١ ـ إن الأصل الذي بنى عليه الظاهرية مذهبهم في حرية التعاقد، بل وفي تفسير الشريعة بوجه عام ـ وهو الوقوف عند ظواهر النصوص، والجمود على ظاهر لغويتها، وسد باب الاجتهاد في «التعليل» ـ لا يتفق وطبيعة التشريع نفسه، أيِّ تشريع كان، وإلّا ما كان ثمة من فرق بين الدرس اللغوي، والاجتهاد التشريعي، كما أسلفنا، ولما كان وضع الشرائع من أجل تحقيق المصالح.

٢ ـ إن القرآن الكريم ناطق بأن المحرَّم هو الذي فُصِّلت أحكامه، لا المباح أو المشروع ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩] لأن المباح لا حصر له، كما أسلفنا، فالقول بأن الأصل في الأفعال والتصرفات ـ بل وفي الأعيان ـ الحظر والتحريم، خلاف ما تقضي به الآية الكريمة، بل وأصول التشريع العامة.

٣ ـ يلزم عقلاً من قوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] أنَّ هذا الخَلْق إنما كان بقصد الانتفاع، وإلا ما كان للامتنان بما خلق الله في الأرض من معنى، وإذا ثبت حل الانتفاع بالإذن العام في هذه الآية الكريمة لزوماً عقليًا، أو بدلالة الإشارة في اصطلاح الأصوليين، كان الاشتراط

= المساهمة، فما لم يرد من الشارع ما يحرم شيئاً منها كان جائزاً، وتطبق عليه أحكام نظرية العقد، أي: الأحكام العامة مبدئيًا.

مباحاً في الأصل؛ لأنه تعامل يتوسل به إلى الانتفاع بمال الغير شرعاً، فما لم يرد دليل محرِّم للشرط، فالأصل فيه الحِل بمقتضى الآية الكريمة، وهي حجة تنهض بهذا اللازم العقلي؛ لأن الأصل أن النص الدال على الملزوم دال على لازمه[١]، فثبت أن الأصل حرية الاشتراط، بإشارة النص.

٤ ـ إن ما استدل به الظاهرية من قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١] بقولهم: إنه لو جاز الالتزام بالوفاء بكل شرط، بناء على أن الأصل الإباحة، لتضمن هذا النص بعمومه الإلزام بالشرط الباطل الذي يوجب ما حرم الله، وهو ما لا يقول به أحد، نقول:

هذا الدليل حجة عليهم لا لهم؛ لأن من المقرر أصوليًّا أن العام يدل على معناه قطعاً أو ظنًّا غالباً[٢]، ومن المتفق عليه بين الأصوليين أن الأصل وجوب العمل بالعام حتى يرد دليل التخصيص، فلو لم يكن الأصل في الشروط الإباحة، لما جاز أن يورد المشرع نص الآية الكريمة بصيغة العموم، ويوجب الوفاء بالشروط عامة، وإلّا لزم التغرير بالمكلفين، وهو ما لا يتصور وقوعه من المشرع، فضلاً عن الله ورسوله، فبطل استدلالهم بالآية الكريمة على إثبات أصلهم، وأنه الحظر.

وأيضاً، لو أخذنا برأي الظاهرية هذا، لبطل العمل بالعمومات جملة، وهو باطل.

٥ ـ أما قولهم بأنه لا يجوز اشتراط شرط في العقد، إلّا أن يرد نص أو إجماع بجوازه عيناً، مستدلين بقوله ﷺ: «**كلُّ شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل**»[٣]، فهو استدلال متهافت؛ لأن المقصود بكتاب الله في الحديث هو «شرع الله تعالى» كتاباً وسنة، وما اشتملا عليه من قواعد، وما أحالا عليه من

---

(١) راجع بحث دلالة الإشارة تفصيلاً في مؤلفنا: «أصول التشريع الإسلامي، ومنهج الاجتهاد بالرأي»، ص٣٢٧ وما يليها.

(٢) غاية ما في الأمر، أن بعض القائلين بظنية دلالة العام قالوا: ينبغي البحث عن المخصِّص قبل العمل بالعام احتياطاً. المرجع السابق: بحث العام، والتخصيص، للمؤلف.

(٣) أخرجه البخاري: ١٥٦٣، ومسلم: ٣٧٧٩، وأحمد: ٢٥٧٨٦، من حديث عائشة.

أصول تشريعية أخرى، كالقياس والمصالح والاستحسان والعرف، لا خصوص القرآن الكريم، أو نصوص صحيح السنن، أو إجماع الصحابة، فحسب.

يؤكد ذلك قوله عليه السلام: «**مَنْ عَمِلَ عملاً ليس عليه أمرُنا، فهو رَدٌّ**»[1] أي: ما عليه أمرنا من حكم الله تعالى في الكتاب والسنة، وما يرجع إليهما قياساً واستنباطاً ودلالة.

أما أن يُراد بكتاب الله النص الخاص بالشرط الذي يراد اشتراطه في العقد بعينه، عند إنشائه، فذلك ما لا يتفق ومنهج القرآن الكريم نفسه في بيان الأحكام وتشريعها، فقد جاء على نحوٍ كليٍّ دون تفصيل، إلّا في موضوعات معينة[2] قصد بها الثبات، لتعلقها بمصالح ثابتة، وليس منها هذه الشروط؛ لأنها لا تتناهى، إذ المصالح المرتبطة بها مما يتجدد بتجدد البيئات والعصور وتطور الحضارات.

كما لا يقتصر في الشروط الصحيحة على ما ورد بعينه في صحيح «السنن»، أو إجماع الصحابة، لما قدمنا.

وأيضاً، في الاقتصار على شروط محدودة معينة في القرآن الكريم والسنة، بالنص عليها بعينها إيقاع للناس في الحرج، وتقييد لحركة التعامل المتجددة التي لا تتناهى، وهذا يتنافى ومقاصد التشريع نفسه، من حيث إنه شَرَع المعاملات لتحقيق مصالح الناس، ورفع الحرج عنهم، وجعل قواعد النشاط الاقتصادي بوجه خاص تتسم باليسر لا بالعسر؛ لأنها وسائل معايش الناس، وطرق كسبهم، وتبادل منافعهم، وهذا أصل معنوي عام ثابت بالاستقراء الذي يفيد القطع، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] ولقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٢٨٥] ولقوله تعالى: ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِى كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾ [الأعراف: ١٥٧] ولقوله سبحانه: ﴿وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٠].

---

(١) أخرجه مسلم: ٤٤٩٣، وأحمد: ٢٥١٢٨، من حديث عائشة.

(٢) كالعقوبات أو الحدود النصية، على جرائم معينة، والإرث، ونظام الأسرة، والعقائد.

وهذا ما يجب أن يعتبر ملحظاً قويًا[١] في استدلال المبيحين على ما أصَّلوه من أصل الحل العام.

٦ ـ وأما استدلالهم بحديث النبي ﷺ: «**من عَمِلَ عملاً ليس عليه أمرُنا، فهو رَدٌّ**»[٢] فنحن نقول به أيضاً؛ لأن المقصود «بأمرنا» شرع الله تعالى، أو نظامه الشرعي العام الذي يقوم على المصالح الثابتة التي لا تختلف باختلاف الأزمان، كما أسلفنا.

وعلى هذا، فكل شرط يناقض ما هو ثابت في الشرع بالضرورة، وبوجه قاطع، مردود وباطل؛ لأن المصلحة التي ينطوي عليها مثل هذا الشرط، ويراد تحقيقها عن طريقه، ليست مصلحة معتبرة في نظر الشارع، بدليل تصادمها والمصالح الثابتة شرعاً، فالنظام الشرعي العام هو الفقه الثابت الذي لا يتغير بتغير الأزمان والمصالح، ومفهوم هذا الحديث يتفق ومدلول الحديث السابق «**كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل**» فكلمة «كتاب الله» و«أمرنا» كلتاهما متحدتا المفهوم، وهو شرع الله تعالى، وبذلك يتم التنسيق بين الأدلة جميعاً، وهو ما يقضي به منطق التشريع الذي يجب أن يُحتكم إليه في الجمع بين النصوص مدلولاً وحكماً ومقصداً[٣].

وعلى هذا، فليس من معنى الحديث ـ كما فهم الظاهرية ـ أنه يجب أن يَرِدَ من المشرع نص خاص يتعلق بالعقد أو الشرط بعينه حتى يُحلّه ويُجزيه، فعدم ورود دليل التحريم كافٍ في الدلالة على الحل والمشروعية، وإلّا كان التحريم بلا دليل، وهو باطل، كما قدمنا.

٧ ـ هذا، وإذا كان «الأصل» أن الشارع قد منح الإنسان «حرية التصرف فيما يملك» من مال أو حق، واعتبره نافذاً شرعاً، وكان العقد أو الشرط في الوقت نفسه ضرباً من التصرف، نتج عن هذه المقدمة أن الشارع أباح له

---

(١) «الفتاوى» للإمام ابن تيمية: (٣/ ٣٤٣ وما يليها).

(٢) أخرجه مسلم: ٤٤٩٣، وأحمد: ٢٥١٢٨، من حديث عائشة.

(٣) راجع أدلة الظاهرية في كتاب ابن حزم «المحلى»: (٨/ ٤١٢ وما يليها).

حرية التعاقد عقوداً، وشروطاً، بمقتضى هذا الأصل، وليس لأحد ولايةُ الحجر على المالك فيما يملك، إلّا إذا أضر بغيره من الفرد أو المجتمع، ضرراً فاحشاً، أو صادم نصًّا خاصًّا آمراً، أو ألغى مقتضى العقد، أو اتخذ من العقد أو الشرط وسيلة لتحليل محرم، أو هدم واجب.

٨ ـ وأيضاً، إذا كان الأصل أن العقد أو الشرط ضربٌ من التصرف في الملك، كما قلنا، والتصرف في الملك نافذ شرعاً، فلا يمكن أن يكون التصرف كذلك إلّا إذا أبيح للمالك أن يتصرف فيما يملك عن طريق العقد أو الشرط، وإلّا لم يكن لهذا النفاذ من وجه[1]، بل لم يكن للملك أو الحق من معنى، فلا يتسق منطق التشريع أصولاً وفروعاً إلّا بالقول بأصل حرية الاشتراط.

مناقشة أدلة الجمهور من الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة:

أ ـ يتجه على الحنفية والمالكية، أن تمسكهم بنظرية «مقتضى العقد» أو أن الأصل هو المنع، أضحى صوريًّا؛ لأن توسعهم في تفسير «الدليل المسوغ» بحيث يشمل العرف، والاستحسان، والمصالح المرسلة، جعل الاستثناء في الواقع أكثر عملاً وتطبيقاً من مقتضى الأصل، فيؤول الأمر عملاً إلا أن الأصل الإباحة.

ب ـ ويتجه على الحنفية بوجه خاص، في تعليلهم لاتخاذ العرف ضابطاً للشرط الصحيح، أو مسوغاً لصحته بعد فساده، ومنعه، من أن ما يوجبه الشرط الذي جرى به العرف من التزام، يكون مقدَّراً في حساب الثمن غالباً، وبذلك يكون العرف عاملاً قويًّا على تحقيق التوازن، يتجه عليهم في هذا أنه ما من عاقل، يُشترط عليه أي شرط يوجب عليه التزاماً ما، إلا ويقدِّر له حسابه في العوض، سواء أجرى به العرف أم لا، فلا معنى لاشتراط جريان العرف، وعلى ذلك يُكتفى بشرط عدم المنافاة لمقتضى العقد، على ما ذهب إليه

---

(١) «أحكام المعاملات الشرعية» للشيخ علي الخفيف ص٢٠٠ و٢٤٠ وما يليها.

المالكية ومتأخرو الحنابلة، فضلاً عن موافقة الشرع التي تتحقق بعدم ورود الدليل المحرم.

ج ـ أما استدلالهم بعموم آية وجوب الوفاء بالعقود والشروط، فقد سبقت مناقشة هذا الاستدلال في الرد على الظاهرية.

د ـ وأما استدلالهم بعموم النهي عن بيع وشرط[١]، وعن صفقتين في صفقة، وعن شرطين في عقد، وما إلى ذلك، فمحمول على الشرط الفاسد، فهو عام مخصوص؛ لأنه معقول المعنى، حتى إذا انتفت علة الفساد صح الشرط والعقد، ولذا وقع الخلاف في النهي عن الشرطين في عقد، أهما الفاسدان أو الصحيحان؟ والراجح أنهما الفاسدان خاصة[٢]، وإلا فلا تُدرَى الحكمة من تحريم شرط صحيح، أو شرطين صحيحين في عقد، على نحو لا يورث رباً أو غرراً أو جهالة، أو منافاة!

وأيضاً يرد عليهم حديث جابر، إذ أجاز الرسول ﷺ شرطه في عقد البيع، كما علمت.

ويتجه عليهم في استدلالهم بالمعقول ما يلي:

١ ـ لا وجه للقول بأن الشرط يغير مقتضى العقد، أو ينقضه؛ لأن هذا هو الشرط الفاسد، ولا عبرة به، بل يفسد عقد المعاوضة، ونحن لم نقل بصحة مطلق الشرط.

٢ ـ كما لا وجه لقولهم: إن الرضا وحده ليس مناطاً للحل والمشروعية؛ لأنّا اعتبرناه كذلك لا لذاته، بل لإذن الشارع وتفويضه الذي أورث أقوال المتعاقدين وإرادتيهما قوة الإلزام، لذا، فإن التراضي على شرط فاسد غير معتبر؛ إذ لا بد من موافقة الشرع، وهي تتحقق بعدم الدليل المحرم، فلا وجه إذن لاشتراط الدليل المعين المبيح للشرط بعينه، كما يقول الظاهرية.

---

(١) هذا الحديث قد تكلم العلماء في ضعف سنده. «نيل الأوطار».

(٢) «المغني»: (٤/١٦٩ ـ ١٧١).

٣ ـ لا نسلم أن الإباحة الأصلية مجرد دليل سلبي عقلي، أو عدم أصلي، بل هي أصل شرعي ثابت بإشارات النصوص، وهي حجة على اللوازم العقلية، كقوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] وهذا يفيد الإذن العام بالانتفاع، وهو يستلزم إباحة وسائله من العقود والشروط حتى يرد الدليل المحرم.

٤ ـ وأيضاً، لا وجه لما قالوا من انتفاء الحكمة المعقولة من ترتيب الشارع آثار العقد عند إنشائه، إذا لم يكن له الإشراف على تعديلها بالشروط؛ لأن هذا يلزمنا لو قلنا بصحة الشروط بإطلاق، ولكنا لم نقل بذلك، بل وضعنا ضوابط للشرط الصحيح، وأوجبنا النظر في الأدلة الشرعية قبل الحكم على الشرط، والعمل به، حتى يتبين لنا وجه صحته أولاً، حتى إذا انتفى الدليل المحرم، حكمنا بصحته، ووجوب الوفاء بموجبه، عملاً، ولو لم يرد دليل يبيحه بعينه؛ لأن انتفاء دليل التحريم يدل على الحل والصحة، سواء سمي ذلك إباحة أم عفواً[1] وإلّا كان التحريم بلا دليل، وبذلك لا ينقطع إشراف الشارع، لا عند إنشاء العقد، ولا أثناء الاشتراط فيه.

٥ ـ وأيضاً، لم يثبت أن المباحات قد فُصِّلت في الكتاب والسنة، بل العكس هو الصحيح؛ إذ الذي فُصِّل لنا هو المحرَّم بنص الآية الكريمة، ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩] فيلزم عقلاً أن ما عداه مباح، فأصل إباحة الاشتراط ثابت بإشارة النص[2]، والحكمة في ذلك أن المباحات لا حصر لها، لتجددها وتنوعها، باختلاف البيئات والعصور، فلا يمكن أن تتناولها النصوص الجزئية بعينها وباسمها تفصيلاً وتعييناً.

---

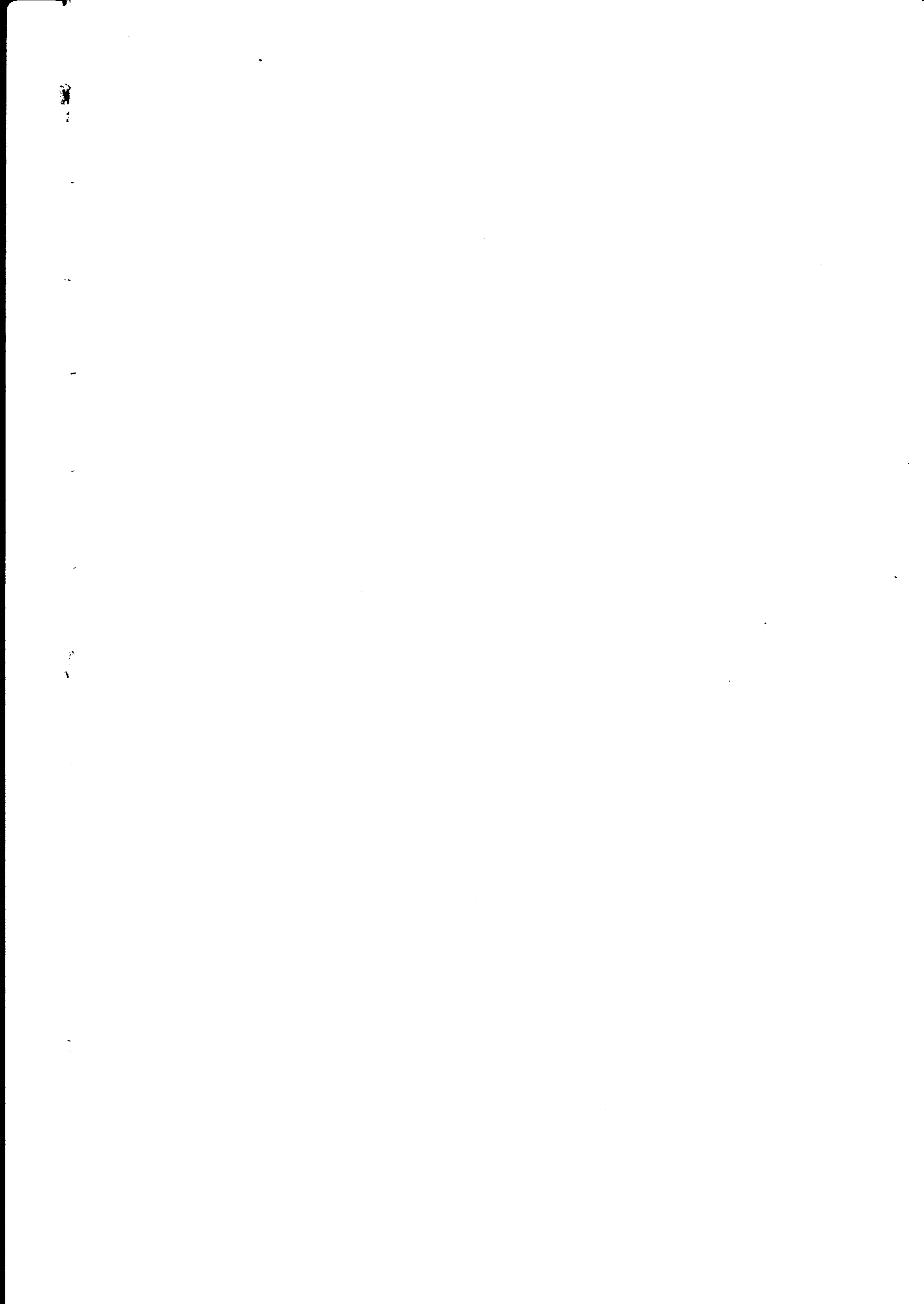
(١) الشيخ زكي الدين شعبان «الشروط المقترنة بالعقد» ص٦٨.

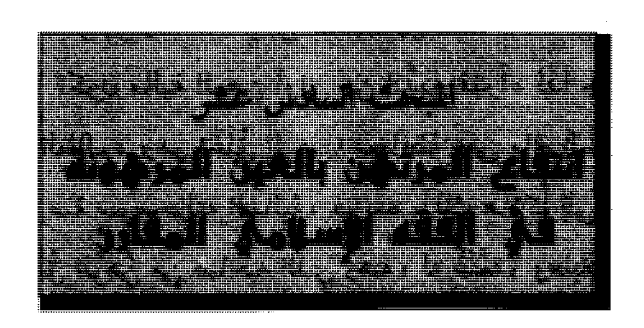
(٢) المعنيان المتلازمان عقلاً إذا عبر الشارع عن أحدهما بالنص، كان هذا النص الوارد في الملزوم حجة على اللازم، ذلك لأن المشرع لم يعبر عن هذا الأخير، إلّا اعتماداً على مقتضى المنطق الإنساني العام، وهذا يرجع مذهب الإمام صدر الشريعة من أن المعنى المستفاد بدلالة الإشارة مقصود تبعاً، خلافاً لما ذهب إليه الجمهور من أنه غير مقصود لا أصلاً ولا تبعاً.

٦ ـ دل الاستقراء للأدلة الشرعية على أنْ ليس فيها ما يدل على تحريم جنس الشروط إلّا ما يثبت حله بعينه.

وبذلك يترجح لديك أن الأصل في التعاقد عقوداً وشروطاً هو الإباحة، لقوة أدلته، وأن الضابط الشرعي «للشرط الصحيح» هو «عدم المنافاة» لمقتضى العقد، أو للنظام الشرعي العام، في قواعده، ومقاصده، جملة وتفصيلاً، من مثل الجهالة والربا والغرر، وأن التحريم هو الاستثناء الذي فُصِّلت مواقعه، لانحصارها، وما عداها فعلى أصل الحل العام، بمقتضى إشارات النصوص التي تدل على اللوازم العقلية التي لا تنفك عن المعاني العبارية فيها، وفي هذا تيسير على الناس في نشاطهم الاقتصادي والاجتماعي، فيما يفتقرون إليه من الوسائل الشرعية لتبادل منافعهم، وتحقيق مصالحهم المتجددة، ولعدم إمكان حصر مواقع المباحات، وهذا ما قرره المالكية، ومتأخرو الحنابلة، منذ أمد بعيد، وهو ما اتجه إليه الحنفية من اعتبار العرف أصلاً في تصحيح الشروط، وما وصل إليه الفقه الوضعي في هذا العصر، والله ولي التوفيق.







مقدمة في حكمة تشريع الرهن:

شرع الله تعالى «المداينة»[1] عند افتقار الإنسان إلى المال، لقضاء حاجاته الحالَّة، فإذا كان أصل تشريع المعاملات لدفع الحرج عن الناس، وتحقيق مصالحهم، حتى اعتبر الإسلام تلك المصالح من المقاصد الحاجية للتشريع الإسلامي، فقد شرع أيضاً «التوثيقات» تأكيداً للثقة بين الناس في ميدان التعامل، وتنشيطاً للحركة التجارية والاقتصادية بوجه عام، ليطمئن المتعامل إلى نتيجة تعامله، وصون ماله، خشية الجحود، أو الضياع بالنسيان، أو الموت المفاجئ، فكان الرهن أهمَّ وثيقة شرعها الإسلام لذلك، فضلاً عن الإشهاد والكتابة[2].

---

(١) قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ فَلۡيَكۡتُبۡ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ شَيۡـٔٗاۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ وَلَا تَسۡـَٔمُوٓاْ أَن تَكۡتُبُوهُ صَغِيرًا أَوۡ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ذَٰلِكُمۡ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقۡوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَرۡتَابُوٓاْ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةٗ تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ فَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَلَّا تَكۡتُبُوهَاۗ وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞۚ وَإِن تَفۡعَلُواْ فَإِنَّهُۥ فُسُوقُۢ بِكُمۡۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٞ ۝٢٨٢ ۞ وَإِن كُنتُمۡ عَلَىٰ سَفَرٖ وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥۗ وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ وَمَن يَكۡتُمۡهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٞ قَلۡبُهُۥۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعۡمَلُونَ عَلِيمٞ﴾ [البقرة: ٢٨٢ ـ ٢٨٣].

(٢) «الهداية»: (٤/ ٩٤).

هذا، والرهن كان معروفاً في الجاهلية، غير أنه كان على وضع يُلحق ظلماً بالمدين؛ إذ كان المرتهن يمتلك الرهن كله بالدين عند مَحِلِّه، حالَ عجز المدين عن الوفاء، وغالباً ما تكون مالية الرهن أوفى من الدَّين قدراً، لذا جاء النبي ﷺ فقضى على هذا الوضع الظالم، وهو «غَلَقُ الرهن» محافظة على مال المدين، وحماية له من انتهاز المرتهن فرصة سوء حالته المالية، فيزيده بذلك هلاكاً إلى هلاكه، استغلالاً، فقال ﷺ: «**لا يَغلَقُ الرَّهنُ من صاحبه الذي رهنه، له غُنْمُه، وعليه غُرمُه**»[١].

يؤكد هذا ما جاء في «المغني» لابن قدامة: «أن رجلاً رهن داراً بالمدينة إلى أجل مسمى، فمضى الأجل، فقال الذي ارتهن: «منزلي!» فقال النبي ﷺ «**لا يَغْلَقُ الرهن**»[٢].

وبذلك يبدو لك أن الرهن لم يتمحَّض وسيلة استيثاقٍ لمال الدائن، يستوفي منه دَيْنه عند عجز المدين، ضماناً لحقه فحسب، بل هو أيضاً وسيلة للمحافظة على مال المدين، من وجوه ثلاثة:

الأول: أنه تشريع يَسَّر لغير الواجد الاستدانة، سدًّا لحاجته الحالَّة عند افتقاره، فلا يضطر إلى بيع عقاره أو منقوله بثمن بخس، بل يحتفظ بهما عن طريق الرهن، أملاً في يساره مستقبلاً.

الثاني: تحريم غَلَق الرهن، قطعاً للتوسل إلى الاستغلال بتملكه من قِبَل المرتهن، نظير «الدين» عند حلول الأجل، انتهازاً لفرصة افتقار المدين، وعجزه عن الوفاء.

---

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤١ مختصراً، والحاكم: (٢/ ٥٨)، وابن حبان: ٥٩٣٤، من حديث أبي هريرة، وقال الحافظ ابن حجر: رجاله ثقات. والغُنْم هو منافع المرهون وزوائده، والغُرْم الهلاك والنقصان والنفقة التي بها بقاؤه، ولا يغلق الرهن، أي: لا يستحقه المرتهن، ولا يملكه في نظير دينه، حتى إذا عجز المدين عن الوفاء، بيع المرهون، واستوفى الدائن من ثمنه، مقدماً على سائر الغرماء، وعلى هذا فحق المرتهن متعلق بمالية المرهون لا بعينه.

(٢) يقال: غلق الرهن، إذا خرج عن ملك الراهن، واستوى عليه المرتهن، بسبب عجزه عن أداء ما رهنه فيه. «سبل السلام»: (٣/ ٥٢)، و«المغني» لابن قدامة: (٤/ ٣٦٨).

الثالث: عدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون دون عِوَض، ولو أذن الراهن[(١)] على الراجح.

وهذا هو «التوازن» في تشريع المعاملات، محافظة على الحقين معاً، حتى لا تطغى مصلحة على أخرى، فيكون الظلم والاستغلال، والربا، أو شبهته، وهو محرم قطعاً بإطلاق.

أما من الناحية الاقتصادية، ففي الرهن دفعٌ لحركة التعامل بتوفير الثقة، فكأن المرتهن بما يحتبس من مرهون نظير الدين، يحتفظ بماله، فكأنه في حوزته، على الرغم من كون ماله قد أصبح دَيْناً شُغلت به ذمة المدين، وهو من أقوى صور التأمينات أو التوثيقات.

ونتناول الآن بالبحث والمقارنة آراء المجتهدين والفقهاء في هذا الموضوع.

مواطن اتفاق آراء المجتهدين:

أولاً ـ اتفق الفقهاء على أن عقد الرهن لا يوجب إلا مجرد استيثاق الدين، ضماناً لحق الدائن، ليتمكن من استيفائه من مالية المرهون عند حلول الأجل، وعجز المدين عن الأداء[(٢)].

ومن ثَمَّ، فلا يوجب عقد الرهن تمليك الدائن عين الرهن، ولا منفعته وزوائده بحال، لا عند إنشاء العقد، ولا عند حلول الأجل، بل تبقى هذه العين ومنافعها وزوائدها على ملك الراهن، ذلك هو مقتضى عقد الرهن شرعاً بالإجماع.

نعم! يوجب للمرتهن حقَّ الأولوية والتقدم على سائر الغرماء[(٣)].

كما يوجب له حق تتبع العين المرهونة في أي يد وقعت، ضماناً للاستيثاق، وهذا ما يعبَّر عنه في الفقه الوضعي بالحق العيني التبعي.

---

(١) جاء في «المغني»: «ولا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء، إلّا ما كان مركوباً أو محلوباً، فيركب ويحلب بقدر النفقة».

«فإن شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن، فالشرط فاسد». المرجع السابق ص٤٣٢.

(٢) المرجع السابق ص٤٢٩.

(٣) «المغني»: (٤/ ٤٥٢)، و«بداية المجتهد»: (٢/ ٢٧٥).

وتفرع عن هذا، أن منافع العين وزوائدها المتصلة والمنفصلة، المتولدة وغير المتولدة، مملوكة لمالك العين وهو الراهن؛ لأنها نماء ملكه.

وتفرع عن هذا أيضاً، أن نفقة العين ومؤنتها وما به بقاؤها، على مالكها؛ لأن الغُرْم بالغُنْم، وهذا المبدأ من أهم مباني العدل في الإسلام.

غير أنهم اختلفوا بعد ذلك فيما يتحقق به الاستيثاق[1].

وهذا يتصل بموضوع انتفاع الراهن بالعين، ملكه، لا المرتهن، وهو خارج عن محل النزاع.

---

(١) فقال الحنفية: إنه لا يتحقق إلّا بالحبس الدائم، بما لا يدع للراهن سلطة في الانتفاع بالرهن، أو التصرف فيه تصرفاً شرعيًّا، إلّا إذا أذن له المرتهن بشيء من تلك، ولكنه يخرج حينئذ عن كونه رهناً، بفوات الاحتباس المادي الذي هو جوهر المقصود من الرهن وغايته؛ إذ لا يتحقق الاستيثاق - في اجتهادهم - إلّا بالاحتباس والحيازة المادية. «رد المحتار»: (٥/ ٤٨)، و«البدائع»: (٦/ ١٤٥)، و«الهداية»: (٤/ ٩٥) - «تبيين الحقائق»: (٦/ ٦٧ وما يليها).
أما الشافعية، فذهبوا إلى أن الاستيثاق يتحقق بكون الرهن في «سلطة المرتهن وولايته» وهذا الاختصاص لا يتعارض وإمكان انتفاع الراهن بالمرهون، إلّا إذا كان تصرفه فيه على نحو يزيل ملكه عنه بعقد ناقل للملكية، أو باستهلاكه وإتلافه، أو بما ينتقص من قيمته، كالبناء والغراس في الأرض المرهونة، ولا يشترط الحبس الدائم.
ذلك لأن «رعاية الحقين» أصل من أصول العدل في المعاملات.
فالمرتهن لا يتضرر بانتفاع الراهن بحقوقه المشروعة، وفي حرمانه منها ضرر راجح لا يقتضيه حق الاستيثاق الذي توفر للمرتهن بمنع الراهن من التصرف على نحو يمس أصل ملكية المرهون بالإزالة أو الانتقاص، وهذا ضرب من الجمع بين المصلحتين، وهو ما يقتضيه العدل في التشريع، كما ذكرنا. «الوجيز»: (١/ ١٦٤).
بل إن حرمان الراهن من الانتفاع بملكه المرهون، دون مسوغ، أشد ضرراً عليه من الربا، فلا يُزال عنه ضرر هو أيسر، لتحميله ضرراً أشد، قد يُعجزه عن وفاء دينه، فعاد هذا الحكم على أصل مشروعية الرهن بالنقض. والاختلاف فيما يتحقق فيه الاستيثاق كان منشأ لاختلاف الآراء في فروع أخرى لا يتسع المقام لبسطها، إذ لا تتصل ببحث موضوع المقارنة. «الهداية»: (٤/ ٩٤ وما يليها).
هذا، وجاء في «المغني»: (٤/ ٤٣٨) «ومؤنة الرهن على الراهن».
«والمرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفى، حيًّا كان الراهن أو ميتاً».

ثانياً ـ واتفقوا كذلك على أن المرتهن كالأجنبي بالنسبة إلى الانتفاع بالمرهون، إذا لم يكن من حيوان الدَّرِّ أو الركوب، فلا يَحلُّ له أن ينتفع بشيء منها إذا لم يأذن له مالكها.

مواطن اختلاف آراء المجتهدين (تحرير محل النزاع):

أولاً ـ واختلفوا فيما إذا أذن الراهن للمرتهن أن ينتفع بالمرهون، عقاراً كان أم منقولاً، من حيوان الدَّرِّ أو الركوب، أو غيره، وبدون عوض.

ثانياً ـ كما اختلفوا فيما إذا لم يأذن للمرتهن بالانتفاع، والمرهون من حيوان الدر أو الركوب[1].

ونتناول بالبحث والمقارنة آراء المجتهدين في هاتين المسألتين على التوالي:

أ ـ آراء المجتهدين في انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بإذن الراهن وبدون عوض:

اختلف العلماء في هذه المسألة على آراء:

١ ـ **عدم الجواز مطلقاً**: سواء أكان قد اشترط الانتفاع في صلب العقد وصيغته، أم لا، وسواء أكان الدين ناشئاً عن قرض، أم غيره، وهو قول للحنفية[2].

٢ ـ **الجواز مطلقاً**: سواء أكان الدين ناشئاً عن قرض، أم غيره، وسواء أكان قد شرط الانتفاع في صلب العقد، أم لا، وهو قول آخر للحنفية[3].

---

(١) بأن يكون حيواناً، أو غير حيوان، فأما غير الحيوان فمن مثل المنزل المرهون إذا انقضَّ أو تهدم، فإن أنفق المرتهن على عمارته، فهو متبرع، ولا يجوز له أن ينتفع به بعد عمارته؛ لأن الراهن ليس مطالباً شرعاً بعمارته أصلاً، فلا يحل المرتهن محله في أداء ما لا يجب عليه. «المغني»: (٤/ ٤٥٢).

(٢) «رد المحتار» ابن عابدين: (٥/ ٤٧٨)، و«بدائع الصنائع» للكاساني: (٦/ ١٤٥)، و«تبيين الحقائق»: (٦/ ٦٨) للزيلعي.

(٣) «رد المحتار» ابن عابدين: (٥/ ٤٧٨)، و«الهداية» للمرغيناني: (٤/ ٩٦). وثمة روايات أخرى عن الحنفية اقتصرنا منها على الروايتين المذكورتين في المتن، منها: أنه إذا شرط الانتفاع في صلب العقد فلا يجوز؛ لأنه فَضْلٌ خالٍ عن عوض، وهو الربا بعينه، ويجوز إذا لم يتضمن العقد شرطاً؛ لأنه ضرب من الإهداء.

وجاء في الهداية: «ليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام، ولا بسكنى، ولا لبس، إلّا أن يأذن له المالك ـ الراهن». (٤/ ٩٦).

٣ ـ **عدم الجواز**: إذا كان الرهن بدين ناشئ عن قرض، والجواز إذا كان بدين ناشئ عن غير القرض (معاوضة) كعقد البيع، بشرطين:

الأول: أن يُشترط الانتفاع في صلب العقد، مقترناً به.

الثاني: أن تكون المنفعة معلومة بتحديد مدتها.

وهو رأي المالكية[(١)]، والحنابلة[(٢)] وهو قول الإمام الشافعي[(٣)].

يقول ابن رشد في كتابه «بداية المجتهد»: «والجمهور على أنْ ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن»[(٤)].

وجاء في «الشرح الكبير» أنه: «لا يجوز شرط منفعة الرهن للمرتهن إلّا بشرطين: أن يكون في عقد معاوضة، لا عقد قرض، وأن تكون معينة»[(٥)].

ويفرق ابن قدامة بين دين القرض ودين غير القرض فيقول: «فإذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض، وكان دين الرهن من قرض، لم يجز؛ لأنه يحصّل قرضاً يجرُّ منفعة، وذلك حرام... وإن كان الرهن بثمن مبيع، أو أجر دار، أو دين غير القرض، فأذن له الراهن في الانتفاع، جاز ذلك» روي ذلك عن الحسن وابن سيرين، وبه قال إسحاق[(٦)]، والظاهر ـ كما ترى ـ الجواز مطلقاً، ولكن سيأتي اشتراطهم عند عرض أدلتهم.

---

(١) «الشرح الكبير على متن سيدي خليل»: (٣/ ٢٤٧) و«حاشية الدسوقي» عليه، و«القوانين الفقهية» ص٣١١. جاء في «الشرح الكبير»: «وجاز للمرتهن شرط منفعة الرهن لنفسه مجاناً بشرطين: إن عينت مدتها، للخروج من الجهالة في الإجارة، والثاني: وكان في عقد بيع فقط لا في عقد قرض؛ لأنه في عقد بيع، بيعٌ وإجارة، وهو جائز، وفي القرض، سلف جرَّ نفعاً، وهو لا يجوز، فيمنع شرطها، والتطوع بها في القرض، عينت أم لا». المرجع السابق.

(٢) «المغني»: (٤/ ٤٣١).

(٣) «الأم»: (٣/ ١٤٧).

(٤) (٢/ ٢٧٦ وما يليها).

(٥) (٣/ ٢٤٧).

(٦) المرجع السابق ص٤٣١، هذه الرواية عن الإمام أحمد، ولكنها مشروطة بشرطين، كما سيأتي.

أدلة الرأي الأول ووجوه الاستدلال بها (عدم الجواز مطلقاً):

استدلوا بالسنة، فيما رواه أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا يَغلَقُ الرهنُ من صاحبه الذي رهَنَهُ، له غُنْمُه، وعليه غُرْمُه**»[١].

ووجه الاستدلال بالحديث[٢]، أنه صريح في أن نماءَ الرهن، ومنافعه وزوائده، ملك للراهن على سبيل الحصر المستفاد من تقديم الجار والمجرور «**له غُنْمه، وعليه غُرْمُه**» وانتفاع المرتهن بمال الراهن وبدون عوض رباً محض؛ لأنه فضلٌ خالٍ عن عوض، وحرمة الربا من حقوق الله تعالى، ونظامه الشرعي العام، والإذن لا يُحِلُّ الحرام، بل لا يجوز الاتفاق على تحليله أو الإذن به، أو التعامل فيه، إذ لم يعهد في الشرع أن الإذن أو التراضي يسقط حق الله في التحريم، بل المعهود والمقرر في الشرع قطعاً وجوب إعدام الحرام، ومنع التسبب في إيجاده، بأي وجه من وجوه التصرف؛ إذ من المعلوم بداهة أن مجرد التصرف القولي، لا يتضمن بذاته قوة إنشاء الحقوق والالتزامات، بل الشارع هو الذي يكسبه هذه القوة، كما أسلفنا، وبدهي أنه لا يكتسب هذه القوة إلّا إذا كان موافقاً لشرع الله، والإذن بالربا مناقض له، فبطل الإذن للمناقضة، والباطل لا أثر له شرعاً، ومن ثَمَّ لا يحل للمرتهن أن ينتفع بشيء من المرهون ولو أذن له الراهن.

سلمنا أن مناط حل الانتفاع بملك الغير هو رضا المالك، وطيب نفسه، واختياره

---

(١) «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٦٥)، و«سبل السلام»: (٣/ ٥١)، و«الأم»: (٣/ ١٤٧). والحديث أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤١، مختصراً، والحاكم: (٢/ ٥٨)، وابن حبان: ٥٩٣٤، من حديث أبي هريرة، ورجاله ثقات. غير أنه روي من بعض الطرق مرسلاً، وقال في «بلوغ المرام»: ورجاله ثقات.
هذا، وقال أبو داود في المراسيل: قوله: «له غُنمه وعليه غُرمه» من كلام سعيد بن المسيَّب، نقله عنه الزهري، وقوله: لا يغلق الرهن، يحتمل أن تكون «لا» نافية، ويحتمل أن تكون ناهية. «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٦٥ وما يليها).
الغُنْم: المنافع والزوائد، والغُرْم: النفقة والهلاك.

(٢) وقد اختلف في هذا الحديث: في وصله، وإرساله، ورفعه، ووقفه، لكن الشافعي رواه وكذلك الدارقطني، وقال: إسناده حسن متصل. المرجع السابق.

الحر، لكن الإذن هنا ـ في واقع الأمر ـ صوري لا حقيقي، فالظاهر أن الراهن إنما أذن تحت ضغط الأضرار والحاجة، وأنه يعلم أنه لو لم يأذن للمرتهن بالانتفاع، لما رضي بتأجيل الدين، أو بالإقراض، فتعين المنع[1]، لعدم تحقق مناط الحل، وهو الرضا الحر.

هذا، وقد أشار النبي ﷺ صراحة إلى أن القرض الذي يجرُّ نفعاً للمقرض يعتبر رباً، بقوله: «كل قرض جر نفعاً فهو رباً»[2]. ولا فرق بين دين ناشئ عن قرض وغيره؛ لأن ظرف الحاجة والاضطرار قرينة على فساد الإذن والاختيار، في الحالين، فهو نوع من هَديَّة مِدْيان، وذلك منهي عنه، لما فيه من معنى الاستغلال المحرم، والأمور بمقاصدها، خلافاً للمالكية في غير دين القرض، على ما سيأتي.

وهكذا ترى أن النفع الزائد دون عوض، قرينة على إرادة الاستغلال، والباعث على الربا، فإذا انتفع المرتهن بما ليس حقًّا له، وجب أن يوضع عن الراهن بقدر ذلك في مذهب الإمام أحمد؛ إذ يصبح ديناً في ذمته، فتقع المقاصَّة بين قيمة المنفعة وما يساويها من الدين.

أدلة الرأي الثاني ووجوه الاستدلال بها (الجواز مطلقاً):

استدلوا بالكتاب والسنة والقياس.

١ ـ أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٩].

٢ ـ وأما السنة فلقوله ﷺ: «**لا يَحِلُّ مالُ امرئٍ مسلمٍ إلّا عن طيبة من نفسه**»[3].

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة والحديث الشريف، أن الله تعالى قد جعل مناط انتقال الملكية، وحل الانتفاع بمال الغير، بعوض أو بغير عوض، هو الرضا والاختيار

---

(١) «رد المحتار»: (٥/ ٤٧٨).

(٢) أخرجه الحارث في «مسنده»: (١/ ٥٠٠)، وانظر: «المغني» لابن قدامة: (٤/ ٣٦٠ وما يليها).

(٣) أخرجه أحمد: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثربي، وهو حديث صحيح لغيره. وانظر «نيل الأوطار»: (٥/ ١٩٩٩).

الحر، بتفويض من الشارع نفسه، وقد وُجد المقتضي وانتفى المانع، فيحل للمرتهن الانتفاع، ولا فرق بين أن يكون الرهن بدين قرض أو غيره[١].

٣ ـ واستدلوا بالقياس على الأجنبي غير المرتهن، فانتفاعه بمال الغير بإذنه جائز إجماعاً، فكذلك المرتهن.

ويتجه على هذا الرأي، أن قرينة الاضطرار قد جعلت هذا الإذن الصادر عن الراهن صوريًّا، لا ينبئ عن اختيار حر، بل يدل على إرادة الاستغلال من جانب المرتهن غالباً، كما أسلفنا، بدليل النهي عن كل قرض جر نفعاً، ولا فرق بين دين ودين، ما دام قد اتحد أثر ظرف الاضطرار، ومناط الأحكام هي الآثار والمآلات.

وعلى هذا، فقد انتفى المقتضى، وهو المناط، فانتفى الحكم، وهو الإباحة، لوجود المانع، وهو الاضطرار والحاجة، وأثرهما، وهو الاستغلال من جانب المرتهن، وانعدام الرضا الحقيقي من جانب الراهن، والأثر هنا يقتضي التحريم، وهذا هو الذي يتفق وروح الشريعة.

وأما استدلالهم بالقياس، فيرد عليهم أنه قياس مع الفارق؛ إذ شبهة الربا قائمة في جانب المرتهن، وليس كذلك الأجنبي، لانتفاء ظرف حاجة المالك بالنسبة للأجنبي[٢]، أو علاقة الدائنية.

على أن هذا القياس فاسد الاعتبار، من قِبَلِ أنه في مقابل نص، إذ ورد النهي عن القرض الذي يجر نفعاً، وكل دين في معنى القرض.

وأيضاً، لا يقال: إن دين غير القرض يُحل الإذن فيه للمرتهن الانتفاع بالمرهون، عملاً بالمفهوم المخالف؛ إذ لا مفهوم للَّقب على ما ذهب إليه جمهور الأصوليين[٣].

---

(١) «الهداية»: (٤/٩٦).

وقد جاء فيها ما نصه: «وليس لمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام، ولا بسكنى، ولا لبس، إلّا أن يأذن له المالك؛ لأن له حق الحبس دون الانتفاع».

(٢) فانتفى أثر الحاجة الذي يُعْدم الرضا، وهو مناط الحل، وبانتفاء الأثر الذي يعدم الرضا يتحقق الرضا، وهو مناط الحل بالنسبة للأجنبي دون المرتهن، فتبين الفارق بينهما.

(٣) «المناهج الأصولية» للمؤلف ـ مفهوم المخالفة ـ ص٢٩٥ وما يليها.

سلمنا أنه قيد، لكنه غير معتبر في تشريع الحكم؛ إذ أخرج مُخرَج الغالب، لا لتقييد الحكم به، فاستوى في حكم التحريم أن يكون الرهن بدين قرض، أو بدين ناشئ عن غير قرض.

والحديث صريح في اعتبار المنفعة الزائدة الخالية عن عوض علةً للتحريم؛ لأنها قرينة على إرادة الاستغلال والربا، ولا يصرف عن حقيقة هذه الإرادة، بل وحقيقة الربا تغيُّر صفة مَنشَئِهِ[1]؛ إذ العبرة بالحقائق والمآلات.

على أن تضعيف هذا الحديث من قبل المجيزين لا يفيدهم؛ لأنه تواتر معنى إذ روي من عدة طرق يقوي بعضها بعضاً، فضلاً عن أنه قد عمل به الصحابة والسلف الصالح ـ رضوان الله عليهم ـ دون نكير، فكان إجماعاً[2] لزوميًّا، وذلك كاف لصحة الاحتجاج به، والعمل بمقتضاه.

أدلة الرأي الثالث ووجوه الاستدلال بها (القائل بالتفصيل):

استدل أصحاب هذا الرأي من المالكية والشافعية والحنابلة على عدم جواز الانتفاع إذا كان الرهن بدين ناشئ عن قرض، بما روينا من «القرض الذي جر نفعاً» لأنه متواتر معنويًّا، ومجمع عليه لزوميًّا، كما أسلفنا.

واستدلوا على جواز انتفاع المرتهن بشرط تعيين مُدته، واشتراطه في صلب العقد إذا كان الرهن بدين غير قرض بما يلي:

أولاً ـ بأن النهي ورد في خصوص القرض، فبقي ما عداه على أصل الإباحة[3].

---

(١) تغير صفة منشأ الربا، من كونه ناشئاً عن دَين قرض أو غيره.

(٢) الإجماع اللزومي، هو الإجماع الذي يحكم العقل بوقوعه نتيجة لعرف التعامل بموضوع الإجماع؛ إذ لم يصرحوا بحجية هذا الحديث قولاً، فجريان العمل بالحديث ـ دون القول ـ كاف في استخلاص هذا الإجماع عقلاً ولزوماً.

(٣) «الشرح الكبير»: (٣/ ٢٤٧ وما يليها).

وهذا هو رأي الشافعي[١] وأحمد[٢] والمالكية[٣].

ثانياً ـ أن اشتراط الإذن بالانتفاع في صلب العقد، يجعل العقد عقد بيع وإجارة، وهو جائز[٤]؛ لأن الانتفاع حينئذ يكون بالإجازة لا بالقرض، فتكون المنفعة جزءاً من الثمن، فتنتفي شبهة الربا الذي هو مناط التحريم، واعتباراً بحديث جابر.

ثالثاً ـ وأما اشتراط وجوب تعيين مدة الانتفاع، فذلك لنفي الجهالة عن مقدار الثمن وبدل المنفعة؛ إذ الجهالة فيهما تفسد العقدين، ومع فساد العقدين لا يحل الانتفاع على الرغم من إذن الراهن، فلا بد من تعيين المدة نفياً للجهالة[٥].

ويتجه على هذا الرأي، أن الجهالة ما زالت متمكنة في مقدار الأجرة والثمن ما دام التحديد لم يتم لكلٍّ منهما على حدة، والجهالة المتمكنة في كل من الثمن وبدل المنفعة مفسدة للعقدين معاً؛ إذ المفروض في هذه المسألة أن الانتفاع بدون عوض.

وتقييد اشتراط الانتفاع بمدة معينة في صلب العقد غير كاف؛ لأنه لا يقوم مقام بيان مقدار العوض في كل من الثمن وبدل المنفعة، وتحديده، للشيوع، وهي علة فساد العقدين معاً، وعدم الحل.

---

(١) «الأم»: (٣/ ١٤٧)، و«المغني»: (٤/ ٣٦٢).

(٢) «المغني»: (٤/ ٤٣٣).

(٣) «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٣٤ وما يليها)، و«الشرح الكبير»: (٣/ ٢٤٧).

(٤) خلافاً للحنفية الذين لا يجيزون هذا الشرط، ما لم يجر به عرف؛ لأنه صفقتان في صفقة، وذلك منهي عنه بالنص، أما إذا جرى بذلك العرف، فيجوز عندهم؛ لأنه يصبح للمنفعة في هذه الحال حساب في تقدير الثمن، فتنتفي المحاباة أو شبهة الربا.

(٥) «الشرح الكبير»: (٣/ ٢٤٧).

هذا، ويعتبر الحنفية مطلق اقتران الشرط بالعقد التقييدي صفقتين في صفقة، ولو لم يوجب الشرط عقداً، بينما يرى الحنابلة أن اقتران الشرط بالعقد لا يعتبر صفقتين في صفقة إلّا إذا أوجب عقداً آخر.

سلمنا أنْ لا جهالة، لكن الإذن بالانتفاع ـ ولو كان مشروطاً في صلب العقد، ولمدة معينة ـ ليس إذناً حقيقيًّا صادراً عن اختيار حر، لقرينة الحاجة والاضطرار، فانتفى أصل الحل، لانتفاء تحقق مناطه.

هذا، ولا نرى معنى للتقييد بكون الانتفاع مشروطاً في صلب العقد؛ إذ لا فرق بين أن يكون كذلك، أو لاحقاً على العقد، ما دام الإذن صوريًّا، أو الجهالة متمكنة في الحالين، فلا ينهض بالتفرقة بينهما ما قالوا من أن الإذن بالانتفاع إذا كان لاحقاً على العقد، ودون عوض، فشبهة الربا متمكنة؛ لأنه يكون حينئذ هديَّة مِدْيان[1].

أقول: لا فرق بين الحالين، لقرينة الاضطرار التي يكون معها الإذن مفتعلاً مقهوراً غير حقيقي، سواء أكان في صلب العقد عند إنشائه، أم لاحقاً له؛ لأن الشرط في هذه الصورة الأخيرة ملحوظ عند التعاقد، وإبان إنشاء العقد، والملحوظ كالملفوظ في حكم الشرع، فانهدم بذلك أساس استدلالهم من القواعد.

سلمنا أنه لا يكون ملحوظاً عند التعاقد، لكن هذا أمر من الندرة بمكان؛ إذ واقع حال الدائنين أو الغالب من أمرهم ـ بل عرفهم الجاري ـ قائم على إرادة الاستغلال التي يلحظها الراهن، ولا يغير من هذا الواقع صورية الإذن، ولا صورية الاشتراط في صلب العقد، وتعيين المدة؛ لأن الأمور بمقاصدها، ولأن التشريع ـ كما تعلم ـ لا يقوم على النادر من الحالات، ولا على الصور الذهنية المجردة، بل على الأمر الغالب الوقوع في حياة المجتمع، والنادر لا حكم له.

وإذا كان ذلك عرفاً، فإن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فيتعين المنع[2] في الحالين؛ إذ لا فرق، كما أسلفنا.

على أن شرط الانتفاع في صلب العقد ـ ولو بإذن الراهن، ولمدة معينة ـ هو شرط ينافي مقتضى عقد الرهن، وعقد القرض، معاً.

---

(١) هدية المدين لدائنه في مقابل انتظاره لوفاء دينه، منفعة زائدة خالية عن عوض؛ لأن هذا هو الربا بعينه، ولولا الدَّين لما كانت الهدية.

(٢) «رد المحتار»: (٥/ ٤٧٨).

ويقول ابن قدامة في ذلك: «ولنا أنه شَرَطَ في الرهن ما ينافيه، فلم يصح، كما لو شرطه في القرض»[١].

وبيان ذلك: أن مقتضى عقد الرهن شرعاً، هو احتباس عين تحت يد المرتهن، استيثاقاً لدَيْنه، للاستيفاء من ماليتها عند تعذر الوفاء، فاشتراط المنفعة الزائدة بدون عوض تنافي هذا المقتضى، فيفسد الشرط لهذه العلة، أعني علة المنافاة.

وأيضاً، هو شرط مناف لمقتضى عقد القرض؛ إذ مقتضاه شرعاً تمليك مال مثلي على أن يرد مثله، دون زيادة أو نفع، ابتغاء وجه الله تعالى، والشرط المنافي فاسد إجماعاً، فضلاً عن ورود النص بتحريم موجَبِه «**كل قرض جرَّ نفعاً، فهو رباً**»[٢].

وإذا كان هذا وارداً في دين القرض، فيلحق به غيره من الديون، بدلالة مفهوم الموافقة[٣]، أو دلالة النص؛ إذ العلة متبادرة منه لغة، لا استنباطاً، حتى تكون دلالة قياسية، وهي المنفعة الزائدة الخالية عن عوض في كل منهما؛ لأن الحالة الاضطرارية قرينة على إرادة الاستغلال الملحوظة عند التعاقد فضلاً عن العرف الجاري بذلك، كما أسلفنا.

يؤكد هذا ما جاء في «المغني»: «فإنْ شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن، فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى الرهن»، وهذا واضح.

فترجح لديك الرأي القائل بعدم جواز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بدون عوض، بإطلاق، ولو بإذن الراهن، وسواء أكان الدين عن قرض أم غيره، وسواء أكان مشروطاً في صلب العقد، أم لاحقاً له، لوحدة العلة التي تقتضي وحدة الحكم، وصورية الإذن في جميع هذه الحالات، وذلك لقوة أدلة هذا الرأي التي لا يستطاع

---

(١) «المغني»: (٤/ ٤٣٢).

(٢) أخرجه الحارث في «مسنده» ٤٣٧، من حديث علي، وانظر «كشف الخفاء»: (٢/ ١٦٤)، و«المغني»: (٤/ ٤٣٢).

(٣) راجع بحث دلالة النص في «المناهج الأصولية للاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» للمؤلف ص٢٣٩ وما يليها.

نقضها، إذ تقوم أساساً على الحقائق، لا على الظواهر، والأمور بمفادها، وإنما الأعمال بالنيات، وهي في تحريها للواقع تبني أحكامها على ما تبين من حقيقة إرادة المتعاقدين، ودلالة العرف، ومدى مطابقة ذلك لمقصد المشرع في التشريع.

ونورد فيما يلي ـ تأييداً لما رجحناه ـ نص فتوى العلامة الشيخ يوسف الدجوي ـ رحمه الله ـ عضو جامعة كبار العلماء في الأزهر الشريف في هذا الموضع، لأهميته، إذ يقول:

«قد دلَّ الكتاب والسنة وإجماع الأمة، على تحريم «الربا»[1] بسائر أقسامه، واتفق العلماء من السلف والخلف، على أن منها[2] «ربا القرض» وقد اشتهر في ذلك قولهم: «كل قرض جرَّ نفعاً فهو رباً» بحيث صار كالضروري[3] بين أهل العلم، وهذا النوع من المعاملة الواردة في السؤال، وهو أن يعطي شخص شخصاً آخر مئة دينار مثلاً، في نظير أن يحبس قطعة من الأرض على سبيل الرهن، ويكون للمرتهن بمجرد العقد الانتفاع بالمرهون بوجه من الوجوه التي ذكرها السائل، فيه ربا القرض من غير شك».

ومما يوضح ذلك، أن شرط الانتفاع بالمرهون شرط باطل ينافي مقتضى القرض؛ إذ هو تمليك مال على أن يردَّ مثله فقط، ابتغاء الثواب الأخروي، طلباً لمرضاة الله تعالى، وينافي أيضاً مقتضى الرهن[4]، إذ هو شرعاً جَعْلُ عين مُتَمَوَّلة تحت يد الدائن، بدينه، يستوفى منها عند تعذر الوفاء[5]، وإذن فلا سبيل لِحِلِّ انتفاع المقرض المرتهن بالمرهون، فهو حرام، لمكان «الزيادة» التي لا حق له فيها[6].

والربا ـ في الأصل ـ الزيادة، وقد تقرر بالاتفاق التحريم لكل قرض اشترط فيه أن

---

(١) يطلق الفقهاء الربا على الاستغلال في مواطن عدة.

(٢) أي: من أقسام الربا.

(٣) المعلوم ضرورة وبداهة للخاص والعام، مما لا يفتقر إلى دليل.

(٤) فتمكنت علة بطلان الشرط من منافاته لمقتضى العقدين.

(٥) يتعلق حق المرتهن بمالية المرهون، لا بعينه، ولا بمنافعه وزوائده.

(٦) يقصد الزيادة الخالية عن العوض.

تكون منفعة المرهون للمقرض مطلقاً من غير تفصيل - إلّا ما يذكر عن الشافعية من أن محل التحريم وقوع الشرط الباطل في صلب العقد، ولكن من المقرر عندهم أيضاً أن المجلس حريم[١] العقد، فله حكمه، فإن تواطأ المتعاقدان على ذلك قبل العقد، فلا حرمة[٢]، على ما يراه كثير منهم، لكن قال المحققون منهم أيضاً: هذا من حيث الظاهر[٣]، وأما من حيث الباطن[٤] فحرام، «**إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى**»[٥].

هذا، وقول الحنفية: نماء المرهون يَتْبَعُه، ليس معناه: أن المرتهن يستحقه ملكاً، كما قد يتوهم بعض الناس، بل المعنى: أن النماء يكون مرهوناً كالأصل، فالدائن المرتهن لا يستحق شيئاً من المنفعة، ولا يحل[٦] له ذلك، حيث إن الزيادة لا يقابلها شيء من المقرض، ولكن هل لنا حالة يمكن أن يكون للمرتهن حق الانتفاع، باعتبار آخر؟.

.. قال الإمام ابن رشد في «بداية المجتهد»: «والجمهور على أنْ ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن»[٧] اهـ.

---

(١) الحزيم هو ما يكون محيطاً بالشيء لتمام الانتفاع به، كحريم البئر، ويقصد به هنا مجلس العقد، فيكون تابعاً للعقد في الحكم، حتى ينفضّ.

(٢) لأنه خارج عن العقد وحريمه، وما كان خارجاً عن حريم العقد، لا يأخذ حكمه، ولا يكون تابعاً له.

(٣) أي: من حيث الحكم القضائي.

(٤) أي: من حيث النية التي تنهض بالعلاقة بين المؤمن وربه وهو ما يطلق عليه «الحكم الدياني».

(٥) أخرجه البخاري: ١، ومسلم: ٤٩٢٧، وأحمد: ١٦٨، من حديث عمر.

(٦) ديانةً.

(٧) «مجلة نور الإسلام»: ج١٠، المجلد الثاني، شوال ١٣٥٠هـ، وهذه المجلة كان يتولى إصدارها مشيخة الأزهر الشريف.

على أن هذه الفتوى قد تناولت أيضاً حكم انتفاع المرتهن بالمرهون إذا كان من حيوان الدَّرِّ والركوب، وسنورد الجزء المتعلق به في مقامه من عرض آراء العلماء في هذه المسألة.

حكم انتفاع المرتهن بالعين المرهونة، بإذن الراهن، وبعوض:

قد يكون العوض رمزيًّا أو صوريًّا، تحايلاً على تحليل الربا، فالشرط فاسد؛ إذ لا يجوز «الربا» تحت ستار البيع، أو الشرط؛ لأنه من باب التصرف المشروع في الظاهر، ولكنه ذريعة لتحقيق غرض غير مشروع مآلاً في الباب، فيفسد التصرف لعدم مشروعية الباعث عليه، كما علمت، والقرينة الدالة على الباعث هي صورية العوض، أو رمزيته.

أما إذا كان العوض أجرَ مثلِ المنفعة، فقد انتفعت شبهة الربا، والاستغلال، فيجوز، ويصبح المرتهن في ذلك كما لو كان أجنبيًّا، ويحل له الانتفاع، سواء أكان ديْن قرضٍ أم غيره[1]؛ لأن الانتفاع بالإجارة لا بالقرض، وبأجر المثل، وهذا لا شيء فيه.

وجاء في «المغني» مما يؤكد هذا المعنى ما نصه: «فأما إن كان الانتفاع بعوض، مثل أن استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرةِ مثلها، من غير محاباة، جاز في القرض وغيره، لكونه ما انتفع بالقرض بل بالإجارة، وإن حاباه في ذلك، فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض، ولا يجوز في القرض، ويجوز في غيره»[2].

وعلى هذا، فكما لا يجوز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بدون عوض، ولو بإذن الراهن، لا يجوز للمرتهن كذلك أن ينتفع بها، بعوض رمزي، أو دون أجر المثل، لمكان الربا أو الاستغلال الذي يطلق عليه الفقهاء القدامى لفظ «المحاباة»[3] أيضاً، كما رأيت، سدًّا للذريعة، ومحافظة على مال الراهن بالقدر الذي يحافظ فيه على حق المرتهن، على السواء، دون محاباة أو استغلال، أو هضم لحق أيٍّ منهما، وهو العدل الذي قامت على أساسه هذه الشريعة الغراء، والعدل لا يتجزأ.

---

(١) «المغني مع الشرح الكبير» لابن قدامة الحنبلي: (٤/ ٤٣١) ويلاحظ أنه عبر عن الاستغلال بلفظ «المحاباة».

(٢) المرجع السابق، وقد وجهنا المناقشة والرد على جواز الانتفاع بإذن الراهن، إذا كان في دين غير قرض، بأن الراجح المنع مطلقاً.

(٣) لا عبرة باختلاف الأسماء إذا اتحد المضمون.

وبهذا يتأكد لك أن مبدأ تحريم «الربا» أو الاستغلال، مطبق في الفروع الفقهية، والوقائع العملية، حتى لا تجد في أحكامها تناقضاً بين الجزئي والكُلِّي (المبدأ العام)، والاختلاف الذي رأيت ليس منصبًّا على أصل المبدأ، بل على تحقيق مناطه في الفروع، في نظر كل مجتهد.

ب ـ انتفاع المرتهن بالمرهون إذا لم يأذن له الراهن بالانتفاع، وهو من حيوان الدَّرِّ، أو الركوب[(١)]:

هذه هي المسألة الثانية التي اختلف فيها المجتهدون على أربعة اتجاهات:

الاتجاه الأول: لا يحل مطلقاً، بدون إذن الراهن، سواء أكان الانتفاع لتعنت الراهن وامتناعه بدون عذر، وهو قادر وحاضر، أم كان غائباً، وسواء أكان الانتفاع بقدر النفقة، أم كان زائداً عنها.

وهو مذهب الجمهور: من الحنفية، والمالكية، والشافعية، ورواية مرجوحة عن الإمام أحمد، ومذهب الزيدية، ورواية عن الإمامية، وهو رأي ابن مسعود، والشعبي، وشريح.

الاتجاه الثاني: جواز الانتفاع، بشرط أن يكون بقدر نفقة المرهون، تحرياً للعدل[(٢)] ويتقاصَّان، وما زاد فهو حق للراهن، سواء أكان بسبب امتناع الراهن وتعنته، أم لا.

---

(١) اتفق الأئمة على أن انتفاع المرتهن بالعين المرهونة لا يجوز بدون إذن الراهن وتسليط منه، إذا كانت العين مما لا يحتاج إلى مؤنة، لضرورة حفظ بقائه؛ لأنه ضرب من الاستغلال أو أكل مال الغير بالباطل، فيجب الضمان، كالأرض أو الدار من العقارات، أو المتاع، ما دام سليماً؛ لأنه ملك للراهن، فكذلك منافعه ونماؤه، وأن الرهن عقد مقتضاه مجرد حق الاحتباس للاستيثاق، كما أسلفنا.
وحق الملكية حق استئثاري لصاحبه؛ لأنه في مركز ممتاز قِبَلَ الكافة، وهو يوجب التزاماً عامًّا شرعيًّا في مواجهة الناس كافة بعدم جواز التصرف أو الاستعمال أو الاستهلاك، أو الانتفاع بنماء الملك وزوائده، وهذا الالتزام العام يستوي فيه المرتهن والأجنبي لقوله ﷺ: **«كلُّ المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه»** [أخرجه مسلم: ٦٥٤١، وأحمد: ٧٧٢٧، من حديث أبي هريرة]، ولقوله ﷺ: **«لا يَغلَقُ الرهن. . .»** [أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤١، مختصراً، والحاكم: (٢/ ٥٨)، وابن حبان: ٥٩٣٤، من حديث أبي هريرة، ورجاله ثقات]. وانظر «الهداية»: (٣/ ٩٣ وما يليها).

(٢) «المغني مع الشرح الكبير»: (٤/ ٤٣٢). وقال ابن مسعود لرجل ركب فرساً رهنت عنده: «ما أصبت من ظهرها فهو رباً».
وقال شريح حين سئل عن رجل ارتهن بقرة فشرب من لبنها: «ذلك شُربُ الربا».

وهو مذهب الحنابلة وإسحاق.

الاتجاه الثالث: يحل الانتفاع بشرطين:

١ ـ أن يكون الانتفاع بقدر النفقة دون زيادة، ويتقاصَّان، والزيادة حق للراهن.

٢ ـ أن يتعذر الحصول على الإذن أو النفقة من مالكها الراهن، لامتناعه وتعنته، أما إذا لم يتعذر، فلا يحل؛ إذ لا موجب لذلك.

وهذا الشرط هو فيصل التفرقة بين هذا الرأي وسابقه.

الاتجاه الرابع: لا يحل الانتفاع إلّا بشرطين:

١ ـ أن يكون المرهون من حيوان الدر والركوب دون سواهما.

٢ ـ أن يمتنع الراهن عن الإنفاق.

ولا يشترط التساوي بين النفقة والمنفعة، فيحل مهما بلغ مقدار المنفعة، دون مقاصة. وهو مذهب ابن حزم(١)، وبعض الإمامية.

يخالف هذا الرأي سابقيه، بعدم اشتراط التساوي.

أدلة الجمهور (عدم الجواز مطلقاً):

استدلوا بالكتاب والسنة والقياس والمعقول.

أما الكتاب، فلقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

ووجه الاستدلال، أن هذا انتفاع بنماء ملك الغير وزوائده دون إذنه، وعموم الآية الكريمة شامل له، وحكمه التحريم.

وأما السنة، فلقوله ﷺ في الرهن خاصة: **«لا يَغلقُ الرَّهنُ من صاحبه الذي رهنه، له غُنمُه وعليه غُرمُه»**(٢). ولقوله ﷺ: **«إنما البيع عن تراض»**(٣).

---

(١) «المحلى»: (٨/ ٩٠ ـ ٩١)، و«المختصر النافع»: ص٢٣٨.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤١، مختصراً، والحاكم: (٢/ ٥٨)، وابن حبان: ٥٩٣٤، من حديث أبي هريرة، ورجاله ثقات.

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٢١٨٥، وابن حبان: ٤٩٦٧، من حديث أبي سعيد الخدري، وإسناده قوي.

ووجه الاستدلال، أن الحديث صريح في أن غُنْمَ[١] المرهون حق مقصور على المالك الراهن ـ ومنه المنافع ـ بإطلاق، دون فصلٍ بين ما إذا كان المرهون حيواناً للدر أو للركوب أو غير ذلك، ومن ثَمَّ لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بملك غيره دون إذنه، كما لا يجوز لغيره، بل جاء نص الحديث بأسلوب الحصر المستفاد من تقديم الجار والمجرور، كما أشرنا.

والحديث يوجب تحقق الرضا في البيع والمعاوضة.

وأما القياس[٢]، فالمرهون ملك الراهن كغير المرهون، فكما لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بشيء غير مرهون من ملك الراهن دون إذنه إجماعاً، فكذلك المرهون؛ إذ لا فرق، لعموم الأدلة التي تحرم الانتفاع بملك الغير بدون إذنه بإطلاق، مرهوناً كان أم غير مرهون.

أما المعقول، فلأن انتفاع المرتهن بملك الراهن دون إذن منه، غصب محرم، وحكمه وجوب الضمان والإثم.

هذا، وذوو الرأي الأول (وهم الجمهور) قد ناقشوا عمدة المبيحين في استدلالهم، وهو حديث «**الظهر يركب بنفقته، ولبن الدر يُشرب بنفقته...**»[٣].

فادَّعَوا أن هذا الحديث منسوخ؛ لأنه ورد قبل تحريم الربا، ونسخ بحديث: «**كل قرض جر نفعاً فهو رباً**»[٤].

وقالوا: يعارض هذا الحديث قوله ﷺ فيما رواه ابن عمر في البخاري وغيره: «**لا تُحلب ماشية امرئٍ بدون إذنه**»[٥] إذ يحرم الانتفاع دون إذن المالك، فهو بعمومه يعارض الأول المبيح، وإذا تعارض الحاظر والمبيح، قُدِّم الحاظر.

---

(١) غُنْم المرهون: منافعه وزوائده المتصلة والمنفصلة.

(٢) «المغني»: (٤/ ٤٣٢).

(٣) أخرجه البخاري: ٢٥١٢، وأحمد: ١٠١١٠، من حديث أبي هريرة.

(٤) أخرجه الحارث في «مسنده»: ٤٣٧، من حديث عليّ، وانظر «كشف الخفاء»: (٢/ ١٦٤). وراجع «المبسوط»: (٢١/ ١٠٨)، و«نيل الأوطار»: (٥/ ٢٣٤).

(٥) البخاري: ٢٤٣٥، ومسلم: ٤٥١١، وأحمد: ٤٥٠٥.

ثم طعنوا في حديث: «**الظهر يُركب بنفقته...**» بالانقطاع الباطن[١]، فضلاً عن طعنهم فيه من حيث السند، بالإرسال والوقف، فقالوا: إنه يخالف القواعد من وجهين:

١ ـ أن الأصل تحريم الانتفاع بملك الغير بدون إذنه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]، ولقوله ﷺ: «**لا تحلب ماشية امرئ إلا بإذنه**»[٢] وهذا الحديث يبيحه.

٢ ـ أن الأصل في الضمان أن يكون بالمثل في المثليات، أو بالقيمة في القيميات، وهذا الحديث يجعل الضمان بالنفقة.

وخلصوا إلى القول بأن هذا الحديث لا يصلح للاحتجاج، لكونه منسوخاً، فضلاً عن كونه مرسلاً أو موقوفاً، ومنقطعاً انقطاعاً باطناً، أو معارضاً للأصول الشرعية الثابتة التي لا خلاف فيها.

وستأتي مناقشة أدلة الجمهور، والرد عليهم فيما طعنوا به، بالتفصيل.

أدلة الرأي الثاني (حل الانتفاع بقدر النفقة):

استدلوا بالسنة والقياس:

أما السنة، فلقوله ﷺ: «**الظَّهْرُ يُركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدَّرِّ يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة**»[٣].

وجه الدلالة، أن «الباء» في نص هذا الحديث الشريف للعِوَض، فهو صريح في جعل منفعة المرهون في نظير النفقة، بإطلاق، دون تقييد بالتساوي بينهما، ودون الإشارة إلى إذن الراهن أو امتناعه، كما ترى.

---

(١) نقد الحديث من وجهين: من ناحية السند، وهو سلسلة الرواة، ومن ناحية المتن أي: من حيث معناه. والحديث ينقطع باطناً، أي: من حيث معناه إذا كان لا يتفق والقواعد التشريعية القاطعة، أو الأحكام القاطعة في القرآن والسنة الصحيحة.

«نيل الأوطار» للشوكاني: (٥/ ٢٣٤)، و«التوضيح مع التلويح» لصدر الشريعة: (٢/ ٥).

(٢) أخرجه البخاري: ٢٤٣٥، ومسلم: ٤٥١١، وأحمد: ٤٥٠٥، من حديث ابن عمر.

(٣) أخرجه البخاري: ٢٥١٢، وأحمد: ١٠١١، من حديث أبي هريرة.

غير أن هذا الإطلاق قد ورد في الشرع ما يقيده من حيث وجوب التساوي، فيما روي أن النبي ﷺ قال: «**إذا ارتهن شاةً، شرب المرتهنُ من لبنها بقدْرِ علفِها، فإن استفضلَ من اللبن شيء بعد ثمن العلف، فهو رباً**»(١) وهذا دليل بيِّن على أن المعاوضة تقتضي المساواة بين البدلين.

وجاء في «المغني» لابن قدامة ما نصه: «فأما المحلوب والمركوب، فللمرتهن أن ينفق عليه، ويركب ويحلب بقدر نفقته، متحرياً العدل في ذلك، نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم، وأحمد بن القاسم، واختاره الخرقي، وهو قول إسحق، وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن، لغيبته، أو امتناعه عن الإنفاق، أم مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه»(٢).

أما القياس: فمؤداه أن المرتهن يُقاس على المرأة التي يجوز أخذُ نفقتها من مال زوجها عند امتناعه ـ دون إذنه، متى أمكنها ذلك، لتنوب عنه في القيام بالواجب الذي كان من المفروض أن يؤديه هو من تلقاء نفسه، بوازعه الديني، فلما تخلف عن أداء هذا الواجب المقرر عليه شرعاً، جاز لزوجته أن تقوم مقامه في هذا الإنفاق على نفسها وأولادها بالمعروف، فكذلك المرتهن، يجوز له أن ينوب عن الراهن في الإنفاق الواجب عليه شرعاً على المرهون «وعليه غرمه» عند الحاجة إلى ذلك، لبقاء حياته، والأصل المقيس عليه ثابت بالسنة، لقوله ﷺ: «**خُذي من مالِ زوجكِ ما يكفيكِ وولدك بالمعروف**»(٣). والحديث صريح في جواز أن تنتصف(٤) المرأة لنفسها من مال زوجها إن ظفرت به بمقدار حقها، بدون إذنه.

والعلة المشتركة، هي امتناع كل من الزوج والراهن عن أداء ما وجب عليه شرعاً، بحيث يُفضي إلى تلف صاحب الحق.

---

(١) انظر «المحلى»: (٨/ ٩٠)، و«المغني مع الشرح الكبير»: (٤/ ٤٣٣)، و«نيل الأوطار» للشوكاني: (٥/ ٢٣٤).

(٢) «المغني»: (٤/ ٤٣٢).

على أن الإنفاق على الحيوان لبقاء حياته حق من حقوق الله تعالى، لا يجوز التهاون في أداء هذا الحق، فليس المالك مخيَّراً فيه.

(٣) أخرجه البخاري: ٢٢١١، ومسلم: ٤٤٧٧، وأحمد: ٢٤١١٧، من حديث هند بنت عتبة.

(٤) انتصف لنفسه: أخذ حقه بنفسه من غريمه عدلاً وإنصافاً.

وأيضاً، للمرتهن حق الاستيثاق في المرهون، ولو لم ينفق عليه نيابة عن الراهن عند الحاجة، لذهب حقه بفوات المرهون، فهو معذور في هذا الإنفاق، بل مضطر، محافظة على حقه في الاحتباس، لاستيفاء دينه من ماليته، فالمرهون وإن كان ملكاً للراهن، لكن تعلّق به حق الغير، ومن ثم فلا يجوز للمالك ـ الراهن ـ أن يتصرف في ملكه على نحو يبطل حق الغير، بما يؤدي إلى تلف المرهون، لا سيما إذا كان الملك في يد هذا الغير وولايته.

غير أن دليل القياس هذا، إنما يصلح حالة امتناع الراهن، لكن المُدَّعى أعم؛ إذ الرأي الثاني قائم على جواز الانتفاع بإطلاق، أي: حالة الامتناع وعدمه[١]، فصلح دليلاً للحالة الأولى دون الثانية[٢]، كما ترى، وهو ما ذهب إليه الرأي الثالث، أو بعبارة أخرى: إن الدليل قاصر عن عموم الدعوى.

لا يقال: إن المرتهن لا ينفق على المرهون في هذه الحال من مال الراهن، وإنما ينفق من ماله الخاص على سبيل المعاوضة، وليس كذلك الزوجة التي تنفق من مال زوجها جبراً عنه، لا من مال الغير على حساب زوجها، بإذن القاضي، فسلم المُدَّعى، وهو النيابة في أداء الواجب عمن تقرر عليه شرعاً، بدون إذنه، عند تعنته، أو امتناعه بدون عذر، من مال الغير، محافظة على حياة وبقاء ما كان أداء هذا الواجب لصالحه، ولا سيما إذا كان في ولاية من ينهض بهذا الواجب، كالمرتهن.

يقول صاحب «المغني»: «ولكن للمرتهن ولاية صرفها إلى نفقته، لثبوت يده عليه وولايته»[٣].

بقي أن يقال: إن هذا الرأي الثاني لا يتقيد بوجوب إذن الحاكم، بل يجيز انتفاع المرتهن، وإنفاقه على المرهون على سبيل المعاوضة بإطلاق، دون التقيد بوجوب سبق الحصول على إذن الحاكم، وسيأتي القول فيه.

---

(١) «المغني»: (٤/ ٤٣٣).

(٢) فالدليل قاصر عن عموم الدعوى.

(٣) المرجع السابق.

أدلة الرأي الثالث (حِلُّ الانتفاع بقدْرِ النفقة عدلاً، وبشرط تعنت الراهن).

قالوا: قد ورد من السنة ما هو نص[١] في موضوعنا، وهو ما رواه البخاري، وأبو داود[٢]، والترمذي[٣]، عن أبي هريرة، أن الرسول ﷺ قال: «**الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدَّرّ يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة**» فجعل منفعته بنفقته معاوضة، وهو نص في محل النزاع، وخاص به عيناً.

نعم! ورد من السنة ما هو عام، وهو قوله ﷺ: «**لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه**» وحديث «**لا يَغلَقُ الرَّهنُ..**»[٤] لكن العام يبنى على الخاص، ويخصَّص به، جمعاً بين الدليلين المتعارضين ظاهراً، وإعمال الدليلين خير من إهدارهما، أو إهدار أحدهما، صوناً لكلام الشارع عن البطلان ما أمكن، والتخصيص ضرب من التأويل، كما علمت، فموجِب التأويل إذن هو هذا التعارض الظاهري.

ومقتضى الجمع بينهما أن يبقى العام معمولاً به، وسارياً فيما وراء الخاص، أي: على حالة عدم امتناع الراهن عن الإنفاق، فلا يحل حينئذ للمرتهن أن ينتفع بدون إذن الراهن، عملاً بقوله ﷺ: «**لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه**» ولقوله عليه السلام: «**لا يَغلق الرهن، لصاحبه غنمه وعليه غرمه**» وعملاً بالعمومات التي تحرم الانتفاع بمال الغير بدون إذنه، ويعمل بالخاص حالة الامتناع والتعنت، فيحل الانتفاع دون إذنه، وبهذا التخصيص يرتفع التعارض.

كما يُقيِّدُ إطلاق الحديث «**الظهر يركب بنفقته..**» بحديث «**فإن استفضل من اللبن شيء بعد ثمن العلف فهو رباً**» فيجب تحري العدل بين العوض والمعوَّض عنه؛ لأن

---

(١) النص في اصطلاح الأصوليين: هو اللفظ الذي يدل على معناه المقصود للمشرع من سوقه أصالة. راجع: «أصول التشريع» للمؤلف: ص٨٧ وما يليها، أو بعبارة أخرى: وارد في محل النزاع، وخاص بموضوعه عيناً.

(٢) [٣٥٢٦].

(٣) [١٢٥٤].

(٤) أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤١ مختصراً، والحاكم: (٢/٥٨)، وابن حبان: ٥٩٣٤، من حديث أبي هريرة، ورجاله ثقات.

هذا الحديث الأخير، صريح في تقييد الانتفاع بأن يكون مساوياً للنفقة، وأن الزيادة محرمة؛ لأنها فضل خال عن عوض، وهو رباً، وفي هذا دليل بيِّن على أن المعاوضة تقتضي المساواة بين البدلين، كما ذكرنا.

وبذلك يتم الجمع بين الأحاديث المتعارضة جميعها، فالعام يحمل على الخاص، والمطلق على المقيد[1]، بالدليل القوي.

هذا، وأورد الجمهور اعتراضاً على استدلال الرأي الثالث على حل انتفاع المرتهن بحديث: «**الظهر يُركب بنفقته..**» بأنه مجمل؛ إذ يحتمل أن يكون نائب الفاعل - أي: المنتفع - هو الراهن أو المرتهن، ومع هذا الاحتمال يسقط الاستدلال به على حل انتفاع المرتهن في نظير نفقته؛ إذ ليس الحديث نصًا فيه.

ويجاب عن ذلك، بأن مجرد الاحتمال العقلي لا يؤخذ به إلّا إذا كان ناشئاً عن دليل، والدليل هنا مرجِّح لأن يكون المنتفع هو «المرتهن» لا الراهن، لأمرين:

الأول: أن الراهن إنما ينتفع بمقتضى حق الملكية لا عوضاً عن النفقة، أما المرتهن فلأنه ليس مالكاً، كان انتفاعه على سبيل المعاوضة[2]، وهو المعنى الذي

---

(١) وهذا التأويل - بما هو تصرف بالاجتهاد بالرأي في المعاني لا في الألفاظ - ينسِّق بين المعاني المتعارضة ظاهراً على نحو يؤكد منطق التشريع الذي كان قائماً متسقاً قبل الاجتهاد، حتى كان الاجتهاد بالرأي - استناداً إلى هذه الأدلة المقيِّدة والمخصِّصة المنصوبة في الشرع - مظْهراً له، لا مُؤسساً ومنشئاً؛ إذ لا تناقض - في الواقع - في تشريع الله ورسوله، على ما أسلفنا. راجع بحث التأويل والتعليل، من «أسباب اختلاف الفقهاء» ص٤٨.

راجع بحث التأويل: «المناهج الأصولية» للمؤلف ص ١٣١ - ١٥٣.

هذا، وحمل المطلق على المقيد واجب إجماعاً في هذه الحال، لاتحاد الحديثين، موضوعاً وسبباً وحكماً. راجع بحث «المطلق والمقيد»: «أصول التشريع» للمؤلف ص٥٤٩.

(٢) وفي هذا المعنى يقول ابن قدامة: «فإن قيل: المراد به - أي: بحديث الظهر يركب بنفقته... - أن الراهن ينفق وينتفع، قلنا: لا يصح لوجهين: أحدهما: أنه قد روي في بعض الألفاظ: «إذا كانت الدابة مرهونة، فعلى المرتهن علفها، ولبن الدَّرِّ يُشرب، وعلى الذي يشرب ويركب نفقته» فجعل المنفق المرتهن، فيكون هو المنتفع، أي: فلا إجمال ولا إبهام.

الثاني: أن قوله: «بنفقته» يشير إلى أن الانتفاع عوض النفقة، وإنما ذلك حق المرتهن، أما الراهن =

أفاده نص الحديث «بنفقته»، فالقرينة لفظية ـ كما ترى[1] ـ لأن «الباء» للعوض.

الثاني: أنه ورد حديث آخر هو نص في هذا الموضوع، يفصِّل هذا المجمل، ويزيل إبهامه، وهو قوله ﷺ: «**إذا كانت الدابة مرهونة، فعلى المرتهن علفها..**»[2].

وتعليل ذلك، أن الراهن ينتفع لأنه مالك، لا لأنه ينفق؛ لأن نفقة الحيوان واجبة عليه، سواء انتفع به أم لم ينتفع[3].

فالنص صريح في أن المنفق هو المرتهن، فيكون هو المنتفع، فجاء بياناً للحديث المجمل؛ لأنهما نص في موضوع واحد.

واعترض على هذا، بأن حل انتفاع المرتهن بحيوان الدر والركوب بنفقته، وبدون إذن الراهن المالك، جاء على خلاف القياس؛ لأن مقتضى القياس العام (القاعدة العامة) أنه لا يجوز لأحد أن ينتفع بمال غيره بدون إذنه، وما جاء على خلاف القياس، فلا يقاس عليه غيره.

وأجيب عن ذلك، بأن هذا قياس جلي لا أصولي، أي: من باب دلالة مفهوم الموافقة، أو دلالة النص وفحواه، وهي دلالة لغوية، لتبادر العلة من النص لغة، لا اجتهاداً، وهذه الدلالة ليس لها من القياس إلّا صورته، على نحو دلالة نص الآية الكريمة الواردة بتحريم التأفيف على تحريم إيذاء الوالدين بشتى صنوف أو أسباب الأذى.

ولأن دلالة النص تعمل عمل النص[4]، فيصح الإلحاق عن طريقها بما جاء على

= فإنفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لأحدهما بالآخر. «المغني مع الشرح الكبير»: (٤/ ٤٣٣)، و«سبل السلام»: (٣/ ٥١ ـ ٥٢).

(١) والواقع أن الجمهور إنما ادعى الإجمال في الحديث، ليُسقط الاستدلال به، وذلك بحمل المنتفع على الراهن، لكن القرينة اللفظية، وقواعد الشريعة، وما ورد من السنة المفصلة، لا يساعدهم على ذلك. «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٣٤).

(٢) أخرجه البخاري: ٢٥١١ بنحوه، وأحمد: ٧١٢٥، من حديث أبي هريرة.

(٣) حتى إذا امتنع الراهن المالك للحيوان عن الإنفاق وهو في حيازته، بما يؤدي إلى هلاكه، بيع عليه؛ إذ المحافظة على حياة الحيوان من حقوق الله تعالى.

(٤) راجع بحث «دلالة النص»: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» للمؤلف: ص٢٣٩ ـ٢٦٣.

خلاف القياس، في حكمه؛ إذ الممنوع هو التوسع عن طريق القياس الأصولي، وهذا ليس منه[١].

وهذا الرأي الثالث لمتقدمي الحنابلة، وقد انتصر له ابن قدامة في «المغني»، ولذا اعتمدنا في بيان أدلته ووجوه الاستدلال بها عليه[٢]، وهو رأي أبي ثور، والليث ابن سعد، والأوزاعي[٣].

أدلة الرأي الرابع: (حل الانتفاع بحيوان الدر والركوب دون سواه، في مقابل النفقة بالغاً ما بلغ الانتفاع، دون تحري المساواة، بشرط امتناع الراهن).

قالوا: الأصل أن انتفاع الإنسان بملك غيره بدون إذنه محرم، لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩].

ولقوله ﷺ: **«لا يحل مال امرء إلّا عن طيبة من نفسه»**[٤].

ولقوله ﷺ: **«لا تحلب ماشية امرئ بدون إذنه»**[٥].

لكن ورد من السنة ما يفيد حل انتفاع المرتهن بحيوان الدر والركوب بوجه خاص، على خلاف هذا الأصل، محافظةً على حياة الحيوان من جهة، وعلى حق المرتهن فيه، من جهة أخرى، وهو قوله ﷺ: **«الظهر يركب بنفقته، ولبن الدر يشرب بنفقته»**[٦].

والحديث مُطْلق في مقدار الانتفاع؛ إذ لا يوجب التساوي، فيجب إجراء المطلق على إطلاقه، فليثبت هذا القدر، وليبق ما عداه على أصل المنع والتحريم.

---

(١) على أن «المغني» يعتبر من أهم مصادر الفقه المقارن؛ لأنه لا يقتصر على فقه الحنابلة، بل يتناول آراء المذاهب الأخرى وأدلتهم، بأمانة علمية، ويقارن بينها، ويبين وجهة نظره، ويؤيدها بالدليل.

(٢) هذا، ومسألة عدم جواز القياس على ما جاء على خلافه، ليست مُسَلَّمة، بل مختلف فيها، ونرى أنه يجوز القياس في هذه الحال، إذا كان الحكم معقول المعنى؛ إذ الأصل في النصوص التعليل، وهو مذهب شريح القاضي، وابن أبي ليلى، كما أسلفنا.

(٣) «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٣٤).

(٤) أخرجه أحمد: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثربي، وهو حديث صحيح لغيره.

(٥) أخرجه البخاري: ٢٤٣٥، ومسلم: ٤٥١١، وأحمد: ٤٥٠٥، من حديث ابن عمر.

(٦) أخرجه البخاري: ٢٥١٢، وأحمد: ١٠١١٠، من حديث أبي هريرة.

غير أنا نسارع إلى الرد على هذا الرأي، بأن الإطلاق هنا غير مراد للشارع؛ إذ ورد من السنة ما يبين إرادته الحقيقية، وهو التقييد بالمساواة، تحرياً للعدل.

لكن ابن حزم رد هذا الحديث المقيِّد، إذ ادعى أن الزيادة من رواية إبراهيم النخعي، ويجاب عن ذلك:

أن الضرورة إذا اقتضت الخروج عن سَنَن القياس في حِلِّ الانتفاع بدون إذن المالك، على سبيل المعاوضات، فإن المعاوضة أصلها التساوي والعدل، ولا ضرورة تقضي بالخروج عن قاعدة العدل؛ إذ الضرورة تقدر بقدرها، ولا سيما أن الراهن ضعيف الحال، فلا يُستغلُّ ضعفه المادي استغلالاً يُعجزه عن أداء الدين، وعن تخليص ملكه المرهون، حتى لا يزاد هلاكاً إلى هلاكه.

فإطلاق الحديث الذي لا يوجب التساوي مقيد بقواعد الشريعة التي توجب العدل في المعاوضة، فضلاً عن الحديث الخاص الذي لم يأخذ به ابن حزم[١].

مناقشة أدلة الآراء السابقة أصوليًا، وعلى ضوء من فلسفة التشريع، وترجيح أقوالها بالدليل:

يتجه على ذوي الاتجاه الأول القائلين بتحريم الانتفاع بإطلاق (الجمهور) أن الحديث الذي جعل الغُنم للراهن والغُرم عليه، على سبيل الحصر ـ على الرغم من إرساله ووقفه ـ لا يقوى على معارضة ما رواه البخاري وأبو داود والترمذي، من قوله ﷺ: «الظهر يركب بنفقته...»[٢].

ويتجه عليهم في استدلالهم بالقياس، بأنه فاسد الاعتبار[٣]، ذلك لأن الانتفاع بما

---

(١) ابن حزم لم يأخذ برواية: «يشرب المرتهن من لبنها بقدر ثمن علفها، فإن استفضل من اللبن بعد ثمن العلف، فهو رباً» إذ يقول: «هذه الزيادة من إبراهيم النخعي، لا نقول بها، وعموم قول النبي ﷺ أحب إلينا من تفسير أبي عمران رحمه الله برأيه». «المحلَّى»: (٨/ ٩١).

(٢) أخرجه البخاري: ٢٥١٢، وأحمد: ١٠١١٠، من حديث أبي هريرة. وانظر «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٣٤ وما يليها).

وأجيب عن الإرسال، بأنه من مراسيل سعيد بن المسيب، وهي مقبولة؛ لأنه بعد البحث تبين أنها كلها مسانيد، إذ كان لا يرسل إلا عن الثقات. هذا فضلاً عن أنه روي من طرق متعددة يقوي بعضها بعضاً.

(٣) القياس في مورد النص غير معتبر؛ إذ لا قياس مع النص.

ليس مرهوناً، ولا حيواناً للدر والركوب، من ملك الراهن، باقٍ على أصل التحريم، فلا يحل إلّا بإذنه، فلا يقاس عليه حيوان الدر والركوب؛ لأنه ورد نص خاص بحل انتفاع المرتهن به، فهو قياس في مورد النص، فلا يجوز الاحتجاج به؛ لأنه فاسد الاعتبار.

وتحليل ذلك أصوليًا، أن القياس طريق ظني في الاستدلال، إذ العلة اجتهادية، ظنية، وما بني على الظن فهو ظني، فإرادة المشرع في حكم القياس إذن مُفتَرضة، أي: مستنتجة عقليًا، وليست حقيقية واضحة، أما النص فهو صريح يبين إرادة المشرع الحقيقية، فهذه الأخيرة أقوى بداهة.

وعلى هذا، فالحكم القياسي الاستنتاجي لا يقوى على معارضة الحكم المنصوص الصريح، ذلك هو مؤدَّى القاعدة الأصولية، أن «لا قياس في مورد النص».

ويتجه عليهم أيضاً من النقد على قولهم بنسخ حديث «**الظهر يركب بنفقته..**» من أنه كان قبل ورود تحريم الربا، فلما ورد حديث «**كل قرض جر نفعاً فهو رباً**»[1] نَسَخَهُ، أنه مجرد دعوى لم تثبت؛ إذ لم يعلم التاريخ.

على أن النسخ إنما يكون عند التعارض، وعدم إمكان التوفيق، وهنا قد أمكن على النحو الذي بينا.

كما يتجه على قولهم: إن حديث «**الظهر يركب بنفقته..**» يعارضه حديث ابن عمر في البخاري، من قوله ﷺ: «**لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه**»، وهذا الحديث حاظر،

---

(١) أخرجه الحارث في «مسنده»: ٤٣٧، من حديث علي، وانظر «كشف الخفاء»: (٢/ ١٦٤). وراجع «المبسوط»: (٢١/ ١٠٨)، و«نيل الأوطار»: (٥/ ٢٣٤ ـ ٢٣٥).
وأجاب الشوكاني عن دعوى الجمهور مخالفة هذا الحديث للأصول الشرعية، وعن دعوى النسخ بما خلاصته: أن دعوى المخالفة غير صحيحة؛ لأن السنة الثابتة الصحيحة من الأصول الشرعية، فلا يجوز ردها إلّا بما هو أرجح منها، إن لم يمكن التوفيق، وأما حديث ابن عمر رضي الله عنه فهو عام، وحديث أبي هريرة خاص، ويمكن التوفيق بينهما، بالتخصيص. أما النسخ فلا بد من معرفة التاريخ وتعذر الجمع، وما نحن فيه التاريخ مجهول، فلا يثبت النسخ بمجرد الاحتمال مع الإمكان. المرجع السابق.

والأول مبيح، وإذا تعارض الحاظر والمبيح، قدم الحاظر، يتجه عليهم في هذا أنْ لا معارضة مع إمكان التوفيق، وقد تم ذلك بحمل العام على ما عدا المرهون من حيوان الدر والركوب، لورود نص خاص بِحِلِّ انتفاع المرتهن به، والعام يُبنى على الخاص، جمعاً بين الدليلين، كما أسلفنا.

وعلى هذا، تُخصَّص سائر العمومات التي تحرِّم الانتفاع بملك الغير دون إذنه، بهذا الحديث.

أما قولهم بأن عُمدة أدلة المبيحين للانتفاع حديث «**الظهر يركب بنفقته..**» وهو مخالف للقياس، والقواعد العامة من وجهين:

أولاً ـ أن الأصل تحريم الانتفاع بملك الغير بدون إذنه، والحديث يجيز ذلك.

ثانياً ـ أن الأصل في الضمان والتعويض أن يكون بالمثل في المثليات، والقيمة في القيميات، وهنا التضمين بالمنفعة.

فيجاب عن ذلك، بأن السنة من أصول التشريع، وللمشرع أن يورد أحكاماً خاصة لحكمة ومصلحة يراها هو جديرة بالاعتبار، وهي أحكام أصلية، وليست مستثناة، كحديث المُصَرَّاة، مثلاً.

والسنة هي المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي، فلا ترد إلّا بما هو أرجح.

ويؤكد ابن القيم هذا المعنى، بما يوضح وجوه الحكمة التشريعية من هذا الحديث الشريف في كتابه «إعلام الموقعين» حيث يقول: «والصواب ما دل عليه الحديث، وقواعد الشريعة وأصولها لا تقتضي سواه، فإن الرهن إذا كان حيواناً، فهو محترم في نفسه، لحق الله سبحانه، وللمالك فيه حق الملك، وللمرتهن حق الوثيقة، وقد شرع الله تعالى الرهن مقبوضاً بيد المرتهن، فإذا كان بيده، فلم يركبه، ولم يحلبه، ذهب نفعه باطلاً، وإن مكّن صاحبه من ركوبه، خرج عن يده وتوثيقه، وإن كلَّف صاحبه كل وقت أن يأتي ليأخذ لبنه، شقَّ عليه غاية المشقة، ولا سيما مع بُعد المسافة، وإن كُلِّف المرتهن بيع اللبن، وحفظ ثمنه للراهن شقَّ عليه، فكان مقتضى العدل، والقياس،

ومصلحة الراهن، والمرتهن والحيوان، أن يستوفي المرتهن منفعة الركوب والحلب، ويعوض عنهما بالنفقة، ففي هذا جمع بين المصلحتين، وتوفير للحقين، فإن نفقة الحيوان واجبة على صاحبه، والمرتهن إذا أدى واجباً، وله فيه حق، فله أن يرجع ببدله، ومنفعة الحلب والركوب تصلح لأن تكون بدلاً، وإن قيل للمرتهن: «لا رجوع لك» كان في ذلك إضرار به، ولم تسمح نفسه بالنفقة على الحيوان، فكان ما جاءت به الشريعة، هو الغاية التي ما فوقها ـ في العدل، والحكمة، والمصلحة ـ شيء يختار»[١].

ويتجه على الرأي الرابع ـ وبه أخذ ابن حزم ـ أنه وإن لم يثبت لديه الحديث الذي يوجب التساوي، وينفي الزيادة ويحرمها؛ لأنها رباً، فإن قواعد التشريع في المعاوضات تقتضي هذا، فيجب تحكيمها؛ لأن الشريعة كلٌّ لا يتجزَّأ.

هذا، ومن يشترط إذن الحاكم، يغفل عن الأحوال التي لا يتيسر فيها ذلك، كما في القرى المتباعدة والصحارى، أضف إلى ذلك أن الإجراءات المعقدة في أيامنا لاستصدار هذا الإذن، قد تضيع معها مصلحة الحيوان، بل حياته المتوقفة على قوته اليومي، وفي هذا إهدار لحق الله تعالى في وجوب الإنفاق على الحيوان وحفظ بقائه، وتضييع للمال، ولحق المرتهن، ولحق الراهن في أصل ماله ومنافعه، على السواء، لذا كان الراجح هو الرأي الثالث الذي تجنب هذه المآلات الضارة، وجمع بين الأدلة، فلم يهمل أيًا منها، وجعل المعاوضة تقوم على التساوي والعدل الذي هو أساس المعاوضات، ووفق بين هذه المصالح جميعاً، وهو الذي يجب المصير إليه، بما يتفق وأصول التشريع، ومقاصده.

وإليك الجزء الثاني من نص الفتوى السابقة الذي يتعلق بهذا الموضوع[٢]، مما يؤيد ما انتهى إليه بحثنا من الترجيح، على خلاف رأي الجمهور، فيما يلي:

---

(١) «إعلام الموقعين» لابن قيم الجوزية: (٢/ ٢٣).

(٢) ويقول ابن القيم: «إذا أنفق المرتهن على الرهن صارت النفقة ديناً على الراهن؛ لأنه واجب أداه عنه، ويتعسر عليه الإشهاد على ذلك في كل وقت، وكذلك استئذان الحاكم.. وخاصة إذا لوحظ أن رهن الشاة ونحوها إنما يقع غالباً بين أهل البوادي».

«وقال قوم: إذا كان الرهن حيواناً، فللمرتهن أن يحلبه ويركبه، بقدر ما يعلفه، وينفق عليه»(١)، وهو قول أحمد وإسحاق، بما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «الرهن محلوب ومركوب»(٢).

وهذا الحديث روي أيضاً بغير هذا اللفظ، قال ﷺ: **«الظهر يُركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدَّرِّ يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»**(٣).

ورأي الجمهور أنه يخالف أصولاً مجمعاً عليها، وآثاراً ثابتة لا يُختلف في صحتها، كما في «شرح البخاري»، و«نيل الأوطار»، وغيرها، فقال بعضهم: إنه منسوخ، ويدل لذلك حديث ابن عمر رضي الله عنهما عند البخاري وغيره: **«لا تُحلب ماشية امرئ بغير إذنه»**(٤).

وتُعُقِّب(٥) بأن التاريخ لا يُعرف حتى يقال بالنسخ، لذلك ذهب الأكثر إلى التأويل، فيتعين حمل الحديث على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون، فيباح حينئذ للمرتهن، وهو قول الأوزاعي، والليث، وأبي ثور، رحمهم الله تعالى.

ومما يدل للجمهور أيضاً، حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ: **«لا يَغْلَقُ الرهن من صاحبه الذي رهنه: له غُنمه، وعليه غُرمه»**(٦).

قال في «منتقى الأخبار»: رواه الشافعي، والدارقطني، وقال: إسناده حسن متصل. . ومن هنا يظهر أنه صالح للاحتجاج به للجمهور، بل الحديث إذا روي من طريق صحيح، وآخر ضعيف، كان أقوى مما إذا روي من طريق صحيح فقط.

---

(١) خصوص مسألة انتفاع المرتهن بالعين المرهونة إذا كان من حيوان الدر والركوب ـ وهي فتوى العلامة الشيخ يوسف الدجوي ـ رحمه الله تعالى ـ التي سبقت الإشارة إليها.

(٢) أخرجه الدارقطني: (٣/ ٣٤)، والبيهقي في «الكبرى»: (٦/ ٣٨).

(٣) أخرجه البخاري: ٢٥١٢، وأحمد: ١٠١١٠، من حديث أبي هريرة.

(٤) أخرجه البخاري: ٢٤٣٥، ومسلم: ٤٥١١، وأحمد: ٤٥٠٥، من حديث ابن عمر.

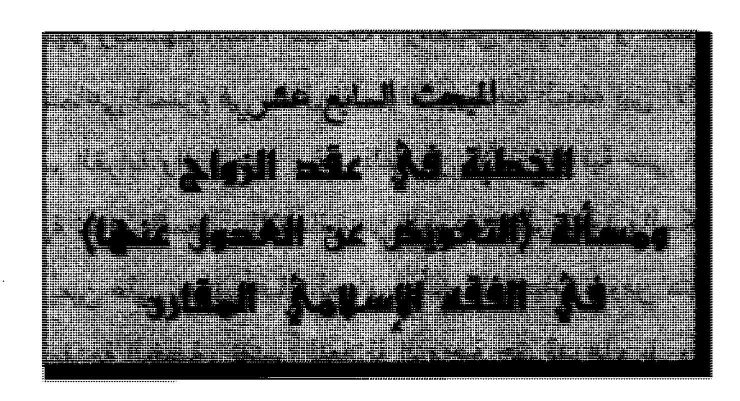
(٥) أي: أتبعه العلماء بالنقد.

(٦) أخرجه ابن ماجه: ٢٤٤١ مختصراً، والحاكم: (٢/ ٥٨)، وابن حبان: ٥٩٣٤، من حديث أبي هريرة، ورجاله ثقات.

والخلاصة: أن التحريم متفق عليه، في غير مسألة المركوب والمحلوب، أما فيها فقد قيل بالحل، ولكن الجمهور على خلافه، ولا شك أن الأرض المرهونة ليست كالحيوان حتى تقاس عليه، فلا يجوز أن يكون القرض على رهنها سبباً في الانتفاع بها اتفاقاً، فإن محل الخلاف بين الجمهور وغيرهم إنما هو الحيوان، كما علمت[1] والله أعلم.



(١) مجلة نور الإسلام: ج١٠، المجلد الثاني، شوال ١٣٥٠هـ.



تمهيد:

ليست الخطبة[1] ـ بحكم طبيعتها وتكييفها الشرعي ـ إلا مقدمة من مقدمات[2] عقد الزواج، ومرحلة ممهدة له، وسابقة على إبرامه، يؤذن تشريعها بأمرين:

أولهما: خطورة عقد الزواج، وعظيم شأنه، وجليل أثره، وكل عقد من هذا القبيل تسبقه مقدمات ومفاوضات في المطالب والرغبات، ولأنه متعلق بذات الإنسان، ومستقبل حياته الاجتماعية، وحياة الأمة، فكان ـ كما يقال ـ عقد العمر، فضلاً عن أن الزواج استجابة لحقائق الفطرة. وأما جلالة أثره، فلأنه متعلق بالأعراض، وأنه مناط الشرف، وعن طريقه يتم تحصين النفس، وتحصيل النسل، وبقاء النوع الإنساني على

---

(١) الخطبة ـ بكسر لخاء ـ لغة: طلب يد امرأة معينة للتزوج بها، وقد يوجه الطلب إليها مباشرة، أو إلى ذويها، والعادة جرت أن تخطب المرأة من أوليائها. هذا، والمعنى الشرعي لا يختلف عن المعنى اللغوي، كما سيأتي في «المصباح المنير»، و«لسان العرب»: (٣/ ٤٦٠).

(٢) من مقدمات عقد الزواج عادة قراءة الفاتحة بعد الاتفاق المبدئي على الخطبة، أو دفع المهر، أو بعض منه، أو تقديم الهدايا وقبولها في المناسبات والأعياد، تأكيداً للخطبة، وللرغبة في الزواج، وكل هذا قبل إبرام عقد الزواج النهائي، على أن «الفاتحة» إنما تقرأ عادة بعد اتفاق الخاطبين وأوليائهما، وإتماماً للخطبة، وتأكيداً لها، وعزماً على إبرام عقد الزواج، فكانت من المقدمات والمؤكدات، لكنها لا تعني إنشاء العقد، كسائر المقدمات، كما ذكرنا.

نحو يليق بكرامته، وثبوت نعمة النسب الذي يترتب عليه تعهد الآباء بالأبناء، وكفالة رعايتهم وتنميتهم وتنشئتهم النشأة الصالحة، وتأسيس القرابات والمصاهرات، وتحقيق التكافل الاجتماعي الملزم في نطاق الأسرة، بإيجاب النفقة بين الأقارب، وجريان الإرث، بحكم القرابة والزوجية، وغير ذلك من الآثار الباقية على الزمن، وفي ظل الحياة الزوجية تتوافر المعاني الإنسانية من المودة، والرحمة، والسكن، والاطمئنان النفسي، مما يُعين على تحمل أعباء الحياة، وأداء الواجبات، ومن هنا جاء متميزاً عن سائر العقود بمقدمة الخطبة، تقديراً للعلاقة الزوجية حق قدرها، بل وتقديسها[١]، بما رتب على الخطبة من أحكام خاصة بها، فضلاً عن أحكام عقد الزواج نفسه، حتى إذا روعيت ونفذت[٢]، كانت ضماناً كافياً للحرية الكاملة في إبرام عقد الزواج، بعد اختيار حر، وتعرف، واطمئنان، مما يوفر أسباب دوام الألفة، والعشرة الطيبة، والوفاق بين الزوجين، تمكيناً لهما من القيام بواجباتهما الزوجية في تدبير شؤون الأسرة، ورعاية الأولاد، باعتبارهم قوام الجيل الجديد، وعناصر البناء الاجتماعي للأمة، ولهذا تعتبر الخطبة وسيلة ضرورية وحيوية للغاية المنشودة، وهي قيام الحياة الزوجية على أسس ثابتة ومتينة، لا على الصدفة العمياء العابرة.

وبدهي، أن الأصل في الزواج أن يكون مؤبداً، ولذا كان التوقيت يفسده؛ لأنه مخالف لمقتضاه، فلا بد أن تنصرف النية فيه ـ منذ إنشائه ـ إلى أن يكون مؤبداً، ما عاش الزوجان، ذلك لأن آثاره الاجتماعية والإنسانية الرفيعة التي أشرنا إليها لا يمكن أن تتحقق إلّا إذا كان مؤبداً، وهي آثار يتم بها تكوين الأسرة، وإنجاب الذرية، مما

---

(١) ولهذا أطلق القرآن الكريم على عقد الزواج وصف العقد والميثاق الغليظ، إشارة إلى المعاني التي قدمنا.

(٢) أعني أحكام الخطبة وآدابها، جاء ذلك صريحاً في سياق الآية الكريمة التي تستنكر على من طلق زوجته أن يأخذ مما آتاها من مهرها شيئاً بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا﴾ [النساء: ٢٠ ـ ٢١].

يتسرب أثره إلى بناء المجتمع مآلاً بالضرورة، ومن هنا يتبدى لك أن أهمية الخطبة مستمدة من أهمية عقد الزواج نفسه؛ لأن الوسيلة تأخذ حكم غايتها شرعاً وعقلاً.

التخير سابق على الخطبة:

على أن مما تجدر الإشارة إليه، أن الفقه الإسلامي قد جعل ما يقع في نفس مريد الزواج أو الخاطب، من دواعي وأسباب اختيار الفتاة ـ مما يروقه ويعجبه منها، ويجعلها صالحة في نظره لتكون شريكة حياته ـ «**إذا ألقى الله في قلب امرئ، خطبة امرأة، فلا بأس أن ينظر إليها**»[1] أي: ما أثار الرغبة في خطبتها، وهذا قبل التقدم إليها، فالتخير إذن مرحلة سابقة على الخطبة، يؤكد هذا أيضاً قوله ﷺ: «**إذا خطب أحدكم المرأة، فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها، فليفعل**»[2] ومفاده أنه إذا عزم[3] على خطبتها، ورأى ما يروقه منها، فليفعل، ليكون إقدامه عن رغبة نفسية أكيدة، ونية صادقة، وميل قلبي، وهو قوام الحياة الزوجية.

إذن، أرشد الفقه الإسلامي إلى ضرورة «التخير» قبل الإقدام على الخطبة، في مثل قوله ﷺ: «**تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء، وانكحوا إليهم**»[4].

هذا، ويستحسن أن يكون النظر إلى المخطوبة في مرحلة الاختيار هذه دون علمها، حتى إذا اطمأن إلى صلاحيتها، أقدم، وإلّا أحجم، دون أن تعلم، فلا يمس كرامتها، ولا يؤذي مشاعرها الانصراف عنها، وهذا أدب عال، لقوله ﷺ: «**إذا خطب**

---

(١) أخرجه أحمد: ١٦٠٢٨، من حديث سهل بن أبي حثمة.

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٠٨٢، وأحمد: ١٤٥٨٦، من حديث جابر، وهو حسن.

(٣) على نحو قوله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ﴾ [المائدة: ٦] أي: إذا عزمتم على إقامتها، أو أردتم القيام إليها، وهذا معنى تقتضيه استقامة منطق الكلام، فكان واجب الإضافة، وهو ما يطلق عليه في علم الأصول «المقتضى». راجع بحث الدلالات في كتاب: «التوضيح مع حاشية التلويح»، للإمام صدر الشريعة، وراجع كتابنا: «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» بحث «المقتضى».

(٤) أخرجه ابن ماجه: ١٩٧٠، والحاكم: (٢/ ١٧٦)، والدارقطني: (٣/ ٢٩٩)، والبيهقي في «الكبرى»: ١٣٥٣٦.

أحدكم امرأة[١]**، فلا جناح عليه أن ينظر إليها، إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة، وإن كانت لا تعلم»**[٢] وهو ما جاء في حديث جابر، من أنه كان يتخبأ لمن يريد خطبتها في أصول النخل، ليتمكن من رؤيتها دون أن تعلم، ومفاد هذا أن التقدم للخطبة ينبغي أن يكون بعد توافر عنصر النية الصادقة، والاطمئنان التام الذي لا يعتريه تردد في مرحلة الاختيار، حفاظاً على حرمات الأسر أن تنتهك باستعراض فتياتها، دون رغبة أكيدة في الخطبة، مما أشار الحديث السابق إلى وجوب توافرها شرطاً في جواز النظر، في قوله ﷺ: **«إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة»** فالغاية بينة.

على أن حق النظر الممنوح للخاطب حالة التخير، لا يسقط حقه في النظر إليها حالة الخطبة، تأكيداً لما وقع في نفسه من دواعي الرغبة الصادقة في التزوج بها، كما يجوز له النظر إليها، والتحدث معها، بعد الخطبة أيضاً، لهذا الغرض، ولكن بحضور محرم.

وعلى هذا، فالخاطب يتخير أولاً، ثم يقدم على الخطبة بناء على اطمئنانه إلى سلامة تخيره، للتعرف حسًّا ومعنى عن طريق الرؤية والحديث، حتى إذا صادفت خطبته موافقة صريحة، وركوناً[٣] تامًّا إليها، كانت الخطبة تامة، وهكذا ترى أن الخطبة مرحلة وسطى بين التخيُّر وبين إبرام عقد الزواج.

هذا، وينبغي للولي ألا يأذن للخاطب في التقدم والنظر إلّا بعد التأكد من صلاحيته، ديناً وخلقاً، وبعد أن يستطلع رأي الفتاة فيه، حتى إذا لم يكن كذلك، أو لم تكن الفتاة راغبة فيه منذ البداية، لم يجز الإذن له بالتقدم والنظر؛ لأنه لم يعد مقصوداً به الخطبة، ولا جدية المصلحة المشروعة، فكان ذلك حراماً، على ما هو الأصل، فضلاً عن أن ذلك مما يأباه الخلق والمروءة، والغَيْرَةُ على العرض.

---

(١) والمراد ـ كما تقدم ـ إذا عزم على أن يخطب، أي: قبل التقدم للخطبة، بدليل قوله ﷺ: **«إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة»** أي: بقصد أن يخطبها، وإن كانت لا تعلم.

(٢) أخرجه أحمد: ٢٣٦٠٢، والطبراني في «الأوسط»: (٩١٥) من حديث أبي حُميد الساعدي، وإسناده صحيح.

(٣) يقصد بالركون الموافقة الصريحة من الفتاة وذويها، ولا يكتفى ـ لتحقيقه ـ أن يكون بالتعريض.

المعاني والصفات التي ينبغي اتخاذها أساساً في اختيار الزوجة:

إذا كانت حقائق القيم الإنسانية، والمقاييس الأخلاقية، ذات وزن كبير في الفقه الإسلامي، بدليل ترجيحه لها، وتقديمه إياها على سائر الاعتبارات المادية المجردة عند التعارض فيما بينها، في ميدان التعامل بوجه عام، فإن هذه المعاني الرفيعة يراها واجبة الرعاية ومن باب أولى، فيما يتعلق باختيار الزوجة، رفيقة العمر، وشريكة الحياة؛ لأن الضرر في إهمالها، أشد وأدوم، لذا حذر من ذلك، اكتفاء بالمظاهر المادية، وإيثاراً لها على الصفات الجوهرية التي تعتبر المقومات الأساسية للحياة الزوجية بالنسبة إلى الخاطب والمخطوبة على السواء.

هذا، والفقه الإسلامي يقرر ما تعارف الناس عليه أساساً في الاختيار، من الجمال، والمال، وعراقة النسب، ورفعة الجاه والمنزلة الاجتماعية، مما هو متعارف عليه منذ القدم[1]، وقائم في واقعنا الاجتماعي حتى يومنا هذا، والإسلام لا ينكره، ولا يصرف الناس عن مصالحهم فيه، بل لا يتأتى منه ذلك، لما فيه من مضادة لطبائع الأشياء؛ لأن مطلب الجمال أمر فطري ونفسي، بل هو سبب رئيسي في عفة الزوج أن يتشوف إلى غير زوجته، وعامل فعال في السعادة الزوجية واستقرارها، ودوام الألفة بين الزوجين، لكن الإسلام يحذر الناس من الاغترار بجمال المظهر بحيث يصرفهم عن حقيقة المَخْبَر، أو مع علمهم بفساده، اكتفاء ببهاء الخلقة، فالجمال لا يستلزم الخلق دائماً، وكذلك الثراء والجاه، وكم من فاتنة الجمال قد نشأت في منبت السوء، فالإسلام لا ينكر على الناس مطامحهم في المطالب المادية، شريطة أن يتوافر أولاً وقبل كل شيء عنصر الدين والخلق، والمعاني الإنسانية؛ لأنها ملاك[2] الأمر كله في الحياة الزوجية، ولا سيما في شخصية الزوجة الصالحة التي يعتبرها الإسلام كنز الحياة الدنيا ومتاعها، تجد هذا صريحاً في مثل قوله ﷺ: «**لا تَزَوَّجوا**[3] النساء

---

(١) «فتح القدير» للكمال بن الهمام: (٢/ ٣٤٣)، و«نيل الأوطار» للشوكاني: (٦/ ١٠٥).

(٢) ملاك الأمر، بكسر الميم، أي: قوام الشيء، وما يتحقق به كيانه.

(٣) لا تزوجوا، أصلها لا تتزوجوا حذفت تاء المضارعة الأولى تخفيفاً.

لحسنهن، فعسى حسنهن أن يرديهن، ولا تزوجوهن لأموالهن، فعسى أموالهن أن تطغيهن، ولكن تزوجوهن على الدين»[1] والدين جماع[2] الفضائل، والأخلاق العالية، وقد أكد هذا المعنى أيضاً ـ مع الإشارة إلى واقع حياة الناس، وما جرى عليه عرفهم في الاختيار منذ القدم ـ قوله ﷺ: «**تُنكح المرأة لأربع**[3]**: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين، تربت يداك**»[4].

فالفقه الإسلامي ـ كما ترى ـ واقعي، إذ لم يسقط من حسابه عنصر الجمال في اختيار الزوجة، ولا ينكر ما له من أثر في النفس الإنسانية بحكم دواعي الفطرة، وما للثراء من أثر في تفادي ضنك العيش، وفي رفع مستوى الحياة اقتصاديًا، لتتمكن من الوفاء بمطالبها المتعددة، وكذلك ما للأسرة العريقة من مكانة في الحياة الاجتماعية، كل ذلك أمر واقع لا سبيل إلى تجاهله، لكن الإسلام واقعي ومثالي معاً، فتراه يرتفع بالمجتمع إلى المستوى الإنساني الذي تنهض به حقائق القيم، ومقاييس الخلق، فينكر الاكتفاء بالمظاهر المادية، من دون الخلق والدين، أما إذا اجتمعت المزايا المادية مع الدين والخلق الكريم، كان ذلك هو الكمال المنشود بما توافر فيه من عناصر الواقعية والمثالية في وقت معاً، يرشدك إلى هذا قوله ﷺ: «**ألا أخبرك بخير ما يكنز المرء، المرأة الصالحة التي إذا نظر إليها سرته، وإذا أمرها أطاعته، وإذا غاب عنها حفظته في نفسها وماله**»[5].

---

(١) أخرجه ابن ماجه: ١٨٥٩، من حديث ابن عمرو.

(٢) جماع ـ بكسر الجيم وفتح الميم ـ أي: جمع الفضائل، ويقال: الخمر جماع الإثم، «مختار الصحاح»، «المصباح المنير».

(٣) أي: أربع خصال.

(٤) أخرجه البخاري: ٥٠٩٠، ومسلم: ٣٦٣٥، وأحمد: ١٥١٤ من حديث أبي هريرة. تربت يداك أي: لصقتا بالتراب، إشارة إلى خسرانك إن لم تظفر بذات الدين، وآثرت عليها ذات الجمال والمال والحسب، المرجع السابق. وفي رواية «ذات حسن وجمال ونسب ومنصب ومال». «فتح القدير»: (٢/ ٣٤٣).

(٥) أخرجه أبو داود: ١٦٦٤، من حديث ابن عباس. وأخرج مسلم: ٣٦٤٩، وأحمد: ٦٥٦٧، من حديث ابن عمرو، عنه ﷺ: «**إن الدنيا كلها متاع وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة**». وراجع: «نيل الأوطار» للإمام الشوكاني: (٦/ ١٠٤ ـ ١٠٨).

ومفاد الحديث، أن من عناصر الخيرية في النساء: الجمال، وحسن السمت، والنظافة، والأناقة؛ لأنها مظاهر مادية حسية هي مناط السرور وبعثه عند النظر، وكذلك الإخلاص والعفة، حيث كني عنهما بالطاعة لأمر الزوج، وبحفظ نفسها وماله، في غيبته.

وفلسفة التشريع التي تنهض بهذه التوجيهات، أن جمال المرأة إذا كان يستر نفساً خبيثة، فإنه يطغيها، بل يرديها، نتيجة لاغترارها بحسنها وفتنتها، فيوقعها في مزالق تشينها، ويصمها بما لا يمحى أبد الدهر، وأن ثراءها قد يدفعها إلى النشوز، والتعالي على زوجها إذا لم يكافئها في هذا الثراء، فيفقد بذلك مكانته الطبيعية من «القوامة» وحق الإشراف على شؤون الأسرة وتوجيهها، كما يفقد حقه في الطاعة، فيصبح تابعاً مؤتمراً مما يكون سبباً مفضياً إلى النفرة والشقاق، وكذلك ذات الجاه، من شأنها أن لا تلين لزوجها الذي هو أقل منها مستوى، فلا تكنّ له الاحترام والتقدير، مما يكون مآله استصغار الشأن، ما لم يصدها عن ذلك كله خلق ودين!

فوضح إذن أن اشتراط توافر عنصر الخلق والدين في الزوجة، بوجه خاص، إنما كان ضماناً لدفع غائلة فتنتها بجمالها، وطغيانها لثرائها، وتعاليها وتفاخرها بجاهها ونسبها، وهو ما أشارت إليه جملة الأحاديث التي رويناها[(١)].

على أن التزوج بالمرأة طمعاً في ثروتها مما تأباه نفوس أصحاب المروءات، لما ينبئ عن دناءة في النفس، وخسة في الطبع، وهبوط في الهمة.

هذا، ومما تجدر الإشارة إليه أن من المعاني التي ينبغي اتخاذها أساساً في اختيار الزوجة ـ فضلاً عما قدمنا ـ التقارب في السن؛ لأن التفاوت الفاحش فيها مما يتعذر

---

(١) وقد جاء في الأحاديث ما ينذر بسوء المصير، وبنقيض ما طمح إليه المرء من نيل ثمار الثراء والجاه والجمال في المرأة، مع علمه بفساد خلقها، من مثل قوله ﷺ: **«من تزوج امرأة لعزها لم يزده الله إلّا ذلّا، ومن تزوجها لمالها لم يزده إلّا فقراً، ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله إلّا دناءة»**. أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٢٣٤٢، من حديث أنس.

معه التفاهم، وكذلك التقارب في المستوى الثقافي والاجتماعي على ما هو مقرر في بحث «الكفاءة» في عقد الزواج.

أضف إلى ذلك إيثار الفتاة البكر الولود، تحقيقاً لمقاصد الزواج من الاستمتاع والإنجاب، والاستمتاع ليس مقصوداً لذاته، بل لأثره من التناسل، لقوله ﷺ: «**تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة**»[1] وقد أكد هذا المعنى منذ القدم المحققون من الفقهاء، من مثل الإمام السرخسي حيث يقول: «وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود به ما بيناه من أسباب المصلحة، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضاً، ليرغب فيه المطيع والعاصي: المطيع للمعاني الدينية، والعاصي لقضاء الشهوة، وذلك بمنزلة الإمارة، ففيها قضاء شهوة الجاه، والنفوس ترغب فيها أكثر من الرغبة في النكاح، حتى تطلب ببذل النفوس، وحشر العساكر، ولكن ليس المقصود فيها قضاء شهوة الجاه، بل المقصود إظهار الحق والعدل»[2].

ويتبين من هذا التحليل الفقهي أن الوسيلة والغاية كلتاهما مقصودة، ولا غنى لإحداهما عن الأخرى، غير أن الغاية مقصودة قصداً أوليًّا، فكانت أشد طلباً، وأن ما يتوصل به إلى المقصود الأوَّلي لا يصح الاقتصار عليه حتى يكون غاية في ذاته، ولهذا وجب الانصراف عن العقيم؛ إذ لا يؤدي الاستمتاع بها إلى الغرض الأصلي منه، وهو الإنجاب والذرية، وكل وسيلة لا تفضي إلى غايتها لا تتخذ، على أن الزواج دون ذرية لا تتحقق فيه المعاني الاجتماعية والإنسانية.

هذا، وتعرف «الولود» من نساء أسرتها، كأخواتها وعماتها، وعلى أساس هذا المقصد من إنجاب الذرية جاء التوجيه النبوي في النهي عن تزوج العقيم صراحة، في جوابه ﷺ معقل بن يسار حين سأله عن تزوجه بامرأة أصابها، ولكنها لا تلد، حيث

---

(١) أخرجه أبو داود: ٢٠٥٠، والنسائي: (٦/ ٦٥ ـ ٦٦)، وابن حبان: ٤٠٥٦، ٤٠٥٧، من حديث معقل بن يسار، وإسناده قوي، وأخرجه أحمد: ١٢٦١٣، من حديث أنس، وإسناده قوي.

(٢) «المبسوط»: (٤/ ١٩٤)، للسرخسي.

نهاه مرات ثلاثاً، ثم أمره بتزوج الودود[١] الولود[٢] كما أسلفنا، وفي رواية: «**لا تَزَوَجَنَّ عجوزاً ولا عاقراً، فإني مكاثر بكم الأمم**»[٣].

أما البكر، فلأنها أدعى إلى الوفاق؛ إذ ليس لها سابق تجربة، مما لا يحملها على الموازنة والتفضيل بين زوج سابق ولاحق، فضلاً عن المزايا المعروفة التي لا تتوافر في الثيب بوجه عام.

غير أن الفقه الإسلامي بواقعيته، يرى أن الضرورة قد تقتضي الزواج بالثيب ممن لهن سبق خبرة بتربية الأولاد إذا كان من يريد التزوج بها في حاجة إلى مثلها، لتقوم برعاية شؤون أولاده، من زوجة سابقة.

تعريف الخِطبة:

لا يختلف المعنى الشرعي للخطبة عن معناها اللغوي[٤]، فالخطبة اصطلاحاً: «طلب الرجل يد امرأة معينة تحل له شرعاً في الحال، للتزوج بها» أو بعبارة أخرى:

---

(١) المرأة الودود هي التي تتودد إلى زوجها، وتستجيب، وتسعى جهدها لإرضائه، وتلبية رغائبه، ويعرف ذلك من معاشرة أمها لزوجها.

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٠٥٠، والنسائي: (٦/ ٦٥ ـ ٦٦)، وابن حبان: ٤٠٥٦، ٤٠٥٧، وإسناده قوي.

(٣) جاء في الحديث: «**عليكم بالأبكار، فإنهن أعذب أفواهاً، وأنتق أرحاماً، وأقل خُبثاً، وأرضى باليسير**».
وعذوبة الأفواه فضلاً عن معناها الحسي، تحتمل ما تتحلى به البكر بفضل ما فطرت عليه من حياء وخفر، من عفة اللسان، وعذوبة المنطق، لصفاء نفسها، وسذاجتها عادة، وأما أنها أنتق رحماً، فلأنها أكثر قوة على الإنجاب لحداثة سنها، وأما أنها لا تعرف الخبث والخداع والمكر، فذلك لسذاجتها، وعدم سبق تجربة مرت بها، ورضاها باليسير لحيائها، فلا تحمل زوجها فوق طاقته.

(٤) الخطبة لغة ـ بكسر الخاء ـ من خطب المرأة إلى القوم: إذا طلب أن يتزوج منهم، ويقال: اختطبها أيضاً، والاسم الخطبة. «المصباح المنير» و«مختار الصحاح»، وانظر في هذا المعنى أيضاً: «لسان العرب»: (٣/ ٤٦٠). ويقال للرجل طالب الزواج: خاطب وخطب، بكسر الخاء ـ وللمرأة خطبة ـ ومفاد هذا، أن الخطبة لغة «طلب التزوج بامرأة معينة وهذا عين المعنى الشرعي».

«إبداء مريد الزواج رغبته إلى امرأة معينة خالية من الموانع، أو إلى أوليائها، في التزوج بها».

هذا، والأصل في الخطبة أن تكون باللفظ الصريح الذي لا يحتمل غير معناها، كقوله: «أريد التزوج منك» وأما التعريض بالخطبة، فهو ما كان بلفظ يحتمل معنيين أو أكثر، منها معنى الخطبة، والقرائن هي التي تعين المعنى المقصود، كقوله: «إنك امرأة صالحة» أو قوله: «إذا انقضت عدتك فأعلميني» والتعريض بالخطبة قد جاء استثناء من قاعدة التصريح في حالات خاصة، سيأتي بيانها.

هذا، ومعلوم أن هذا العَرْض المبتدأ قد يلقى استجابة أو رفضاً، حتى إذا صادف موافقة صريحة، فقد تمت الخطبة حينئذ، وعلى هذا يمكن أن يُحدَّد معنى الخطبة التامة بأنها: «توافق أو تواعد صريح متبادل بين رجل وامرأة، تحل له شرعاً في الحال[١]، أو بين من ينوب عنهما من الأولياء، بإبرام عقد الزواج مستقبلاً».

الخطبة التامة إنما تتحقق بالموافقة الصريحة من جانب المخطوبة

ولا تعتبر الخطبة تامة إلّا بالموافقة الصريحة من جانب المخطوبة، ولو كانت بكراً، ويطلق الفقهاء على ذلك لفظ «الركون»[٢] فتترتب عليها أحكامها الخاصة بها.

هذا، وإذا كانت الأحاديث قد أسندت الخطبة إلى الرجل، فلأن هذا هو الشأن الغالب، فضلاً عما في ذلك من إشعار المرأة برفعة قدرها، وأنه يُسعى إلى التزوج بها، غير أن الإسلام يجيز للمرأة أن تعرض نفسها على رجل صالح إذا رغبت التزوج به[٣] في حدود الآداب؛ إذ قد حدث هذا بالنسبة إلى الرسول ﷺ ولم ينكر عليها ذلك، ولكن حياءها الفطري، أو خشيتها من أن يفسر عَرْضها هذا بأنه استهانة منها بعزة أنوثتها، يأبى عليها ذلك، فضلاً عن العرف والتقاليد السائدة، وعلى هذا يمكن تعريف الخطبة بأنها «طلب التزوج» سواء أكان ذلك من جانب الرجل أو المرأة.

---

(١) إشارة إلى أنها لم تكن تحل له شرعاً عند الخطبة، بأن كانت معتدة من طلاق رجعي مثلاً، فلا تجوز خطبتها أصلاً؛ لأن العلاقة الزوجية بينها وبين مطلقها لم تنقطع.

(٢) يقال: ركنت إليه: إذا وافقت على خطبته صراحة، ودون تردد.

(٣) راجع: «صحيح البخاري»، كتاب النكاح، باب: عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح.

والواقع، أن الخطبة إنما تتم بالموافقة الصريحة كما ذكرنا، نتيجة لتلاقي وجهات النظر في كل ما يتعلق بالخاطب والمخطوبة، بعد المفاوضات التي تكون قد جرت بشأن مطالب كل منهما، وشروطه.

وهكذا ترى أن الخطبة ـ في الواقع ـ تمر بمرحلتين:

أولاهما: مرحلة العَرْض والطلب، أو الإعراب عن الرغبة في التزوج بالمخطوبة.

الثانية: مرحلة الموافقة الصريحة الحاسمة، دون تردد أو إرجاء.

الحكمة البالغة لمشروعية الخطبة في الفقه الإسلامي:

هذا، ومما يؤكد كون الخطبة ـ بطبيعتها، وفي نظر الشارع ـ وسيلة متعينة إلى تحقيق مقاصد الزواج، بتوفير أسباب الزواج، ودوام الألفة، وبقاء المودة، أمران:

أولهما: أن السنة قد أشارت إلى هذه الحكمة، بالنص عليها صراحة في الأحاديث التي أجازت النظر إلى المخطوبة، بل حثت عليه، في مثل قوله ﷺ: «**انظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم[1] بينكما**»[2] ومعناه أن النظر إلى المخطوبة أجدر أن يكون داعياً وسبباً مفضياً إلى الوفاق بينكما.

أما كون الخطبة ـ في الفقه الإسلامي ـ ذات حكمة بالغة، فذلك لأنها الطريقة الحسية المتعينة لتكوين الاقتناع الذاتي بالمخطوبة، بما يتيح من خلالها الوقوف على ما يروقه من صفاتها وسماتها، مما لا يمكن التعرف عليه، وتبينه إلّا بالرؤية، وليس ثمة أبلغ منها مما يؤصل هذا العنصر النفسي، والميل القلبي في كل من الزوجين؛ إذ الزواج بطبيعته ـ وهو الغاية من الخطبة ـ أمر يقوم على العناصر النفسية أولاً، وليس عقداً ماليًّا أو مصلحيًّا عارضاً موقوتاً، مما يكون أساسه المنافع المادية أو الحسية العاجلة، على ما سيأتي بيانه في مقامه.

---

(١) يعني أن تدوم المحبة والوفاق بينكما ـ من الأدم، وهو الألفة والوفاق ـ يقال: أدم الله بينهما: إذا أصلح وألف. «مختار الصحاح»، و«المصباح المنير».

(٢) أخرجه الترمذي: ١٠٨٧، والنسائي: (٦/ ٦٩ ـ ٧٠)، وابن ماجه: ١٨٦٥، وأحمد: ١٨١٥٤، من حديث المغيرة بن شعبة، وهو صحيح.

الثاني: أن أحكام الخطبة الخاصة بها جاءت توكيداً للغاية من أصل تشريعها، من التعرف أو التحقق لمدى توافر الصفات والمعاني التي هي المقومات الحقيقية للحياة الزوجية، فالغاية من الخطبة ـ كما ترى ـ شرعت توثيقاً لمقاصد الزواج نفسه، وسبيلاً متعيناً لإمكان تحقيقها، ومن هنا اكتسبت أهميتها؛ كما أشرنا.

هذا، وعلى الرغم من الاستجابة للخطبة، والموافقة الصريحة من جانب المخطوبة وأوليائها وذويها على رغبة الخاطب في التزوج بها، فإن هذا الاتفاق المبدئي الكامل في وجهات النظر، لا يسبغ على الخطبة صفة العقد الملزم الذي ينشئ التزامات على عاتق كل من الخطيبين، كيلا يكون ذلك ضرباً من الإكراه على إبرام عقد الزواج الذي يجب أن تتوافر فيه الحرية الكاملة، لخطورة آثاره، فالعلاقة التي أنشأها هذا التوافق المبدئي أو التواعد المتبادل على إبرام عقد الزواج مستقبلاً، ولو كان كاملاً، لا يخرج الخطبة عن طبيعتها، من كونها مجرد وعد، بوضع التسارع نفسه، والوعد غير ملزم قضاءً، وهذا ما يدعونا إلى البحث في طبيعة الخطبة وتكييفها الفقهي.

طبيعة الخطبة، وتكييفها في الفقه الإسلامي:

بعد الذي عرفت من تحديد مفهوم الخطبة في مرحلتيها، من كونها وسيلة للتعرف أو التبيُّن أولاً، ثم موافقة صريحة مبدئية، لا تردد فيها ولا إرجاء، بما ينهض بتواعد متبادل كامل على إنشاء عقد الزواج مستقبلاً، يتبدى لك أن تكييفها ووصفها الفقهي، أنها ليست عقداً، وحيث لا عقد، فلا إلزام ولا التزام، ولو اعتبرت عقداً ملزماً بإجراء عقد الزواج مستقبلاً، لفقدت وظيفتها، والغاية من أصل تشريعها؛ لأنها ما شرعت إلّا ضماناً كافياً لحرية الزواج، لا للالتزام به، ولا للإكراه عليه، كيلا يفاجأ أي من المتواعدين بالتزوج بمن لا يطمئن إليه، ومن هنا تدرك أن تكييفها الفقهي مستمد من غايتها، ولولا هذا التكييف لما أمكن أن تفضي الوسيلة إلى غايتها، والمفروض أنها شرعت لذلك.

وأيضاً، لو كانت الخطبة التامة منشأً للالتزام بإجراء عقد الزواج الموعود، لفقد هذا العقد نفسه أساس انعقاده، وهو التراضي، فيغدو باطلاً لا تترتب عليه آثار العقد الصحيح.

وعلى هذا، فليست الخطبة جزءاً من عقد الزواج، ولا ركناً فيه، ولا شرطاً لانعقاده أو نفاذه أو لزومه.

أما أنها ليست جزءاً من ماهية عقد الزواج، فلأن عقد الزواج لو تم دون خطبة لكان صحيحاً، تترتب عليه كافة آثاره، والعقد لا يوجد بدون ركنه، بل لو كانت الخطبة محرمة وممنوعة، كخطبة المعتدة، فإنها لا تؤثر على صحة عقد الزواج لو تم إبرامه بعد انقضاء العدة، لتوافر أركانه وشروط صحته، ونفاذه ولزومه، وإن كان الخاطب آثماً؛ لأنه خطبها قبل انتهاء عدتها.

وأما أنها ليست شرطاً في صحته، فللأدلة عينها التي قدمناها على عدم ركنيتها، فلو تخلف شرط الصحة، لفسد العقد، ووجب فسخه، ولم يقل بذلك أحد، ولو كان الشرط فاسداً بأن كانت محرمة، لما صح العقد أيضاً مع كون شرط صحته فاسداً، لكنه يصح، فالخطبة إذن أمر مستقل، وسابق على العقد، ليس ملازماً له، ولا عنصراً من مكوناته.

على أن هذا التكييف للخطبة يدل دلالة واضحة على أن المشرع يرى أن الفشل في الخطبة بالعدول عنها، وفسخها، خير من الفشل في الزواج، لخطورة آثاره، لذا كانت ـ بوضع الشارع ـ مجرد وعد غير ملزم[1]، وبذلك يتبين أن خطورة عقد الزواج هي التي اقتضت ـ منطقيًا ـ أن تكون الخطبة غير ملزمة، ضماناً للحرية الكاملة في إبرامه، كما أشرنا، وبهذا يستقيم منطق التشريع ويتسق.

على أنه لا بد من الإشارة إلى أن الوفاء بالوعد واجب ديانة وخلقاً ومروءة، إلّا إذا كان ثمة مسوغ قوي يقتضي هذا العدول، والوفاء بالوعد التزام خلقي وديانى، لا قضائي، حفظاً للكرامة أن تهدر، والمشاعر أن تمس، وللشبهات أن تثور، وللسمعة أن تنال منها الأقاويل[2].

---

(١) وهذا قدر متفق عليه، بتقريره في سائر مصادر الفقه المعتبرة، وفي مختلف المذاهب الجماعية، وأما ما ورد عن الإمام مالك في أحد أقواله أن الوعد ملزم، فذلك في غير الخطبة. «الزواج وآثاره» للشيخ أبي زهرة: ص٣٢.

(٢) هذا، ولا ينبغي أن يكون الغنى والثراء من مقتضيات العدول؛ إذ لا يصلح مسوغاً له معقولاً، فينظر أهل =

وعلى أساس ما قدمنا من التكييف للخطبة، والتنسيق مع غايتها، نشأ حق العدول كاملاً لكل من طرفيها، حتى ولو كانت تامة، ومؤكدة، بأن تحققت فيها «المراكنة» و«التواعد» وقبض المهر، كلًّا أو بعضاً، وتم قبول الهدايا فيه، إلّا إذا ألحق ضرراً ماديًّا أو أدبيًّا بالغاً بأي منهما، دون وجه حق، على ما سيأتي بحثه.

وتأسيساً على هذا، لا يجيز الفقه الإسلامي في أرجح الاجتهادات فيه أيَّ لون من ألوان الإكراه، للفتى أو للفتاة، على تزويجه بمن لم يره، ولم يكن على بينة من أمره، أو لم يرض به، لما لذلك من أثر قوي متوقع في نقض عرى الزوجية التي كان من المفروض أن تتأكد وتقوى وتستمر، تحقيقاً لمقاصدها الاجتماعية والإنسانية[١].

هذا، وينبغي ألا تطول فترة الخطبة إذا تمت، كيلا يطرأ عليها أو يتطرق إليها من العوامل والظروف ما يفسدها، ويحمل على فسخها.

حكم النظر إلى المخطوبة شرع استثناء من أصل التحريم، بالنص عليه صراحة، للضرورة، فضلاً عن أنه يستفاد ضمناً من غاية الخطبة، وحكمة تشريعها.

لا سبيل إلى التعرف على المخطوبة، جمالاً وقواماً ومعنى إلّا بالرؤية؛ لأنها أبلغ وسائل التبين، والوصف لا يُغني غناءها، ولأن جمال الصفات الخلقية أمور نسبية، وأيضاً قسمات الوجه تنم على الخصائص النفسية، غالباً، كما يسفر الحديث عن مبلغ الذكاء، ومستوى الثقافة، واستقامة المنطق العقلي، وعذوبة الكلام، فكانت رؤية الخاطب وسيلة متعينة لذلك؛ لأنها من دواعي الاختيار والرغبة والإعجاب، فتؤول بذلك إلى أن تكون سبباً من أسباب دوام الوئام، وبقاء الألفة التي عبر عنها الحديث صراحة بقوله ﷺ: «**فإنه أحرى أن يؤدم بينكما**».

= الفضل والمروءة، فلا يرفض الرجل الخلوق الصالح المتوسط الحال، بعد الموافقة الصريحة عليه، والركون إليه، من أجل تقدم آخر واسع الثراء، كيلا تصبح المرأة أشبه بسلعة يؤول رسوها على من يزيد.

(١) هذا، وظاهرة تدخل الأولياء والأقارب في شأن زواج فتيانهم وفتياتهم لأغراض خاصة ترجع إلى ذواتهم لا إلى مصلحة الخطيبين، لا تزال سائدة في كثير من أقطارنا ومجتمعاتنا، جهلاً وأنانية، ومجافاة هذه الظاهرة لتعاليم الإسلام، ونظامه المحكم في الزواج بينة، فضلاً عما تورثه من فشل مثل هذه الزوجية في كثير من مواقعها.

من أجل هذه «الحكمة» أبيح النظر، استثناء من أصل التحريم، وإذا كانت هذه «الحكمة» مقصودة للشارع بدليل النص عليها صراحة، كانت الوسيلة إليها مقصودة أيضاً، وهو النظر؛ لأن الوسيلة تأخذ حكم غايتها، كما أسلفنا؛ إذ لا سبيل إلى تحقيق الغاية كملاً إلّا بها، ومن هنا كان النظر إلى المخطوبة مستفاداً جوازه ضمناً من حكمة التشريع، فضلاً عن النص عليه، فحكمة التشريع هي التي استوجبت الاستثناء من أصل التحريم للضرورة؛ إذ من المعلوم أن المخطوبة ما زالت أجنبية بالنسبة إلى خاطبها، ما لم يعقد عليها، فلا يجوز غير النظر، لورود النص عليه بخاصة، ويبقى ما عداه على أصل التحريم.

النظر إلى المخطوبة مقيد بأمرين: حضور محرم، وعدم تجاوزه الوجه والكفين[(١)]

أما حضور مَحرَم أمين، كأبيها وأخيها وعمها، فلأنه بحضوره تؤمن مغبة اجتماعهما، بما يجري فيه من تبادل النظر، وتجاذب أطراف الحديث؛ إذ يحول حضور المحرم دون ما عسى أن يكون سبيلاً مفضياً إلى مقارفة المعصية والإثم، أو سبباً يؤدي إلى التفريط في حق المخطوبة، بوجه خاص.

أما عدم مجاوزة النظر «الوجه والكفين» فلأن النظر شرع استثناء للضرورة كما أشرنا؛ لأن المخطوبة ما زالت أجنبية، والضرورة تقدر بقدرها، والنظر إلى الوجه والكفين تحصل به الكفاية، وتندفع الضرورة؛ إذ الوجه جماع المحاسن، وقسماته وملامحه تنم عن الحالة النفسية، كما قدمنا، والكفان يستدل بهما على امتلاء الجسم وهزاله، وخصوبة البدن، ورخاصته ونعومته، وغير ذلك.

وأما ما عدا ذلك من الخصال النفسية، والصفات المعنوية، فيمكن الوقوف عليها عن طريق من يخالط أسرتها، وسؤال الثقات من أقرب الناس إليها، أو العارفين بشؤونها وأحوالها، وما يقال في المخطوبة هو مقول في الخاطب على السواء.

غير أن بعض الفقهاء قد توسع في مواضع النظر، فأجازه إلى ما يشمل الرقبة

---

(١) راجع الخلاف في هذا الموضوع في «المغني» لابن قدامة: (٧/ ٤٥٣).

والقدمين[١]، وأجاز الظاهرية[٢] النظر إلى قوام المخطوبة كله، عملاً بإطلاق النص: «**انظر إليها...**» كما أجاز الجعفرية[٣] النظر إلى الشعر والمحاسن.

ومنشأ الخلاف في ذلك، أن النص الذي أجاز النظر لم يحدد مواضعه، فكان أمراً مجتهداً فيه، والراجح عندي أنه يجوز النظر إلى قوام المخطوبة؛ لأنه مما يظهر منها كالوجه والكفين، فيلحق بهما، ولأن هذا مما يدعو الخاطب إلى الزواج، والنص قد جاء بهذا، حيث يقول الرسول ﷺ: «**فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها، فليفعل**»[٤] وهذا هو الحكم الفقهي، غير أن معظم الفتيات ـ في أيامنا هذه ـ يبدو من محاسنها ما جعل هذا التقييد غير ذي موضوع، وتعاليم الإسلام إنما جاءت لتحصين الفتاة، والمحافظة على حيائها الفطري، وإبعادها عن أسباب التبذل، باعتبارها مناط الشرف والعرض، فكان ذلك في مصلحتها أولاً، حفظاً لذاتها، وكيانها المعنوي من الصون والعفة.

هذا، ويجوز ترديد النظر إلى المخطوبة، ومداومته عند الاقتضاء، تأكيداً للرغبة، وتحقيقاً لما يروق الخاطب ويدعوه إلى الزواج بها.

جواز نظر المخطوبة إلى خاطبها، لعين الحكمة، بل هي أولى، على ما يقرره الفقهاء

استنتاجاً من حكمة تشريع الخطبة، قرر الفقهاء حق المرأة في النظر إلى خاطبها، لتكون على بينة من أمره، ولأنه يعجبها منه ما يعجبه منها، فالحكمة مشتركة، وجاء في الفقه الإسلامي في هذا الصدد ما نصه: «وتنظر المرأة إلى الرجل، إذا عزمت على نكاحه، لأنه يعجبها منه ما يعجبه منها» بل هي أولى؛ لأنها إذا تزوجته دون أن تراه

---

(١) «البدائع» للكاساني: (٥/ ١١٢)، و«نهاية المحتاج»: (٦/ ١٨٣).

(٢) «المحلى»: (١٠/ ٣٠ ـ ٣١).

(٣) «المختصر النافع» ص١٧٢.

(٤) أخرجه أبو داود: ٢٠٨٢، وأحمد: ١٤٥٨٦، من حديث جابر بن عبد الله، وهو حسن. وراجع: «نيل الأوطار»: (٦/ ١٠٩ وما يليها)، و«المغني» لابن قدامة: (٦/ ٥٥٢)، وراجع: «السنن الكبرى» للبيهقي: (٧/ ٩١).

ولم يصادف قبولاً في نفسها، فإنها لا تملك الخلاص منه؛ إذ ليس الطلاق بيدها، في حين أنه إذا تزوجها دون أن يراها، ولم تصادف هوى في نفسه، أمكنه التخلص منها؛ إذ الطلاق بيده»[١].

هذا، وإنما ورد النص بالنظر بالنسبة إلى الرجل، لا لتخصيصه به، بل لأن الشأن في المرأة التستر.

الخلوة بالمخطوبة محرم شرعاً[٢]

قدمنا آنفاً أن جواز النظر إلى المخطوبة ـ وكذلك نظرها إليه ـ إنما ورد به النص استثناء من الأصل العام الذي يقضي بالتحريم، للضرورة، ومعلوم أن الاستثناء لا يتوسع فيه، ولا يقاس عليه، فبقي ما عدا النظر على أصل التحريم، ولا ضرورة في الخلوة، فكانت على أصل التحريم؛ إذ لم يجزها نص ولا حكمة، بل الحكمة تحرمها؛ لأنها ذريعة إلى الوقوع فيما حرم الله، فلا تؤمن مغبة الخلوة دون حضور محرم؛ إذ يحول حضوره دون التجانف إلى الإثم، ومقارفة المعصية، كما قدمنا وبذلك تُسَد الذريعة إلى المحرَّم.

وعلى هذا، فلا يجوز غير النظر من الخلوة أو التقبيل، أو الذهاب منفردين إلى المنتزهات ودور اللهو، أو ما إلى ذلك؛ لأن هذا خروج عن حدود آداب الخطبة التي شرعها الإسلام، تفادياً للعواقب الوخيمة التي تترتب على مثل تلك المحاذير، والوقائع تتحدث عن نفسها.

وأما الحجة التي يستند إليها فريق من الناس، في استباحتهم الانفراد والخلوة، تفريطاً وتهاوناً، من أن تمام التعارف والتفاهم يقتضي ذلك، فهي حجة واهية، إذ كلٌّ

---

(١) «كشاف القناع»: (٥/ ٦)، وانظر أيضاً: «نهاية المحتاج»: (٥/ ١٥١)، فقد جاء فيه: «وندب نظرها إليه، للخطبة، كهو إليها» أي: كنظره هو إليها، تسوية بينهما في حق النظر، لوحدة الغرض، وعين الحكمة.

(٢) قال ﷺ: **«لا يخلون رجل بامرأة إلّا مع محرم»** [أخرجه البخاري: ٣٠٠٦، ومسلم: ٣٢٧٢، وأحمد: ١٩٣٤، من حديث ابن عباس]. وانظر «سبل السلام»: (٣/ ٢١٧)، وفي رواية: **«لا يخلون أحدكم بامرأة، فإن الشيطان ثالثهما»** [أخرجه الترمذي: ٢٢٦٥، وأحمد: ١١٤، من حديث ابن عمر، وإسناده صحيح].

من الخاطبين ـ كما نعلم ـ يعمد عادة إلى التكلُّف، والتظاهر بما ليس فيه حقيقة، ولذلك قيل: «كل خاطب كاذب» ولأن مثل تلك الأمور المحظورة مدعاة إلى الوقوع في المعصية والإثم، والخطبة ليست ملهاة، أو فرصة للتنفيس عن منازع الرغبات، بل شرعت وسيلة جدية لمصلحة حقيقية ومعقولة، ليكون كلٌّ منهما على بينة من أمر الآخر، تحقيقاً للتقارب والائتلاف، فمغبة التفريط إذن واقعة على الفتاة بوجه خاص، فالشارع لم يكن متزمتاً إذ أباح النظر والاجتماع بحضور محرم، ولم يكن مفرطاً إذ منع الخلوة والخروج عن حدود الآداب، بل كان وسطاً بين التزمت والتفريط، وهو موقف في غاية الحكمة والرشد وسداد التوجيه.

على أن التبذل يورث الشك في مبلغ الحصانة والعفة، الأمر الذي يستدعي العدول وفسخ الخطبة غالباً، فكان هذا التوجيه في مصلحة المرأة أولاً، إبعاداً لها عن مظانِّ التهم وسوء الأقاويل.

حكم العدول عن الخطبة

نقصد بحكم العدول أثره المترتب عليه من المسؤولية، وهذه مسألة لم يتناولها الفقهاء القدامى بالبحث، لعدم وقوعها في عصرهم.

بينا آنفاً أن «التكييف» الفقهي للخطبة مستمد من غايتها، بما ترمي إليه من كفالة الحرية الكاملة في إبرام عقد الزواج، لكل من طرفيها، ليقوم على أسس ثابتة، وعلى ضَوْءِ هذا «التكييف» ـ من كونها تواعداً غير ملزم ـ نشأ حق العدول بفسخها، وهذا وضع شرعي أنشأه المشرع نفسه، ولكن النظر يتجه الآن إلى مجرد حق العدول هذا، هل هو مطلق أو مقيد؟

اختلف الفقهاء المعاصرون في هذه المسألة على آراء ثلاثة[1]:

---

(١) هذه المسألة لم يبحثها الفقهاء القدامى؛ لأنها لم تقع في عصرهم، وإنما هي أمر مستحدث كثيراً ما يقع في أيامنا هذه، ولم يرد فيه نص، ولا نظير يقاس عليه، فكان محلًّا للاجتهاد بالرأي من قبل الفقهاء المعاصرين. «الأحوال الشخصية» للشيخ محمد أبي زهرة: ص٣٢ وما يليها، «الأحوال الشخصية» للدكتور محمد يوسف موسى، ص٥٤ «الوسيط» للدكتور السنهوري، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، فقرة: (٥٥٠)، ص٨٢٧ وما يليها، وغيرهم.

الأول: ذهب فريق من الفقهاء إلى أن لكل من طرفي الخطبة أن يفسخها في الوقت الذي يشاء، ولا مسؤولية إطلاقاً، للأسباب الآتية:

أ ـ أن الشارع جعل العدول حقًّا شخصيًّا تقديريًّا خاضعاً لاعتبارات خاصة بكل منهما، وهي أمور نفسية يرتد إليه تقديرها، لا سلطان للقضاء عليه، ذلك لأن الزواج من أخص شؤونه، فينبغي أن تترك له الحرية الكاملة في الإقدام أو الإحجام؛ إذ هو أدرى بمصالحه الخاصة في هذا العقد الخطير، وينبغي أن يكون لهوى النفس مدخل في العدول.

ب ـ إن كلًّا من طرفي الخطبة يعلم مسبقاً أن «حق العدول» مقرر له شرعاً، فكان لزاماً عليه أن يتوقع هذا العدول من جانب الطرف الآخر في كل وقت، فلا يعتبر وقوعه مفاجأة له، وليس فيه اعتداء على حق أحد، وإذا كان الأمر كذلك فينبغي أن يتريث حتى تتبين له جلية الأمر، ولا يتسرع في شراء جهاز البيت مثلاً، أو الاستقالة من الوظيفة، لتتفرغ لشؤون الأسرة قبل أن يبت في أمر العقد؛ لأن هذا تهور أو تقصير في حق النفس، وعلى المقصر تقع تبعة تقصيره، فما يصيبه من ضرر إنما كان بسبب منه، اغتراراً أو طيشاً، وليس منشؤه محض العدول.

ج ـ من المقرر في الفقه الإسلامي أن «الجواز الشرعي ينافي الضمان» أي أن من يمارس حقًّا مشروعاً له، أو إباحة، لا يكون مسؤولاً عما يترتب على ذلك من ضرر؛ لأن الجواز ينافي المسؤولية، وإنما تنشأ المسؤولية عن المجاوزة والاعتداء، والخاطب لا يعتبر معتدياً إذا استعمل حقه في العدول.

ثانياً ـ وذهب فريق آخر إلى أن حق العدول مجرداً لا تترتب عليه مسؤولية ، غير أنه إذا صاحب هذا العدول أفعال أخرى ضارة، كالتغرير مثلاً، نشأت المسؤولية والتعويض عن هذا الفعل الضار المقارن للعدول، لا عن مجرد العدول، وذلك بأن أغراها بالاستقالة من وظيفتها مثلاً بعد أن أكد لها أنه مقدم على الزواج بها، وأن تأخره عن إبرام العقد إنما كان لأسباب مالية، أو حثها على شراء جهاز البيت، وزين

لها ذلك، بعد أن طمأنها على إبرام العقد، أو جاء بأقوال مختلقة ليبرر عدوله، مما يمس سمعتها، ولم تثبت، فأضر بها ضرراً أدبيًا بليغاً، فمثل هذه الأفعال الضارة المصاحبة للعدول هي منشأ المسؤولية والتعويض، لا مجرد العدول؛ لأنه حق مقرر شرعاً لا اعتداء فيه، ولا مسؤولية، تطبيقاً للقاعدة السابقة المشار إليها.

ثالثاً ـ وذهب فريق ثالث إلى أن العدول إذا أدى إلى إلحاق الضرر البالغ بالطرف الآخر، ولو مجرداً عما يلابسه من أفعال ضارة، يوجب المسؤولية والتعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية الناجمة عنه؛ لأنه ضرب من التعسف في استعمال الحق، ونحن مع هذا الرأي، ونؤيده بما يلي:

أولاً ـ ليس في الفقه الإسلامي حق مطلق، بحيث يتصرف فيه صاحبه كيف يشاء دون رعاية لحق الغير، أو دون استهداف للغاية النوعية المرسومة التي شرع من أجلها هذا الحق؛ لأن الشارع يرسم لكل حق غاية معينة، على المكلف أن يتغياها إبان استعماله لحقه، فينبغي أن يكون قصد ذي الحق في الفعل موافقاً لقصد المشرع في التشريع[1]، وإلّا كان استعمال الحق لغير غاية، أو للضرر، وهو عبث أو تحكم، فضلاً عن أنه مناقض لقصد الشارع، وكل ذلك غير مشروع يستوجب المسؤولية عما ينجم عن هذا التعسف في استعمال الحق من ضرر يلحق بالغير، ومن ثم لا تحمي الشريعة حقًّا إلّا بقدر ما يحقق صاحبه من الغرض الذي شرع من أجله، وتظل حمايتها للحق مبسوطة ما دام صاحبه يستعمله على الوجه الذي من شأنه أن يحقق غايته، لا ينحرف عنها، فالحق إذن مقيد بالغرض الذي شرع من أجله، وليس مطلقاً.

وتأسيساً على هذا، فإن الشارع إذ منح حق العول، فلا يبرر هذا المنح استعماله على وجه ضار، بباعث غير مشروع، أو قصد سيء، لإلحاق الأذى بالغير، تحت شعار الحق؛ إذ الحق لم يشرع أصلاً ليتخذ وسيلة للإضرار بالغير، بل شرع لمصلحة

(١) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٢/ ٣٨٥).

جديدة حقيقية مشروعة ومعقولة، تحقق غرضاً اجتماعيًّا إنسانيًّا مقصوداً للشارع تحقيقه، وهو هنا تمكين كل من طرفي الخطبة من التعرف على الآخر، ليكون على بينة من أمره، لينشأ عقد الزواج على أساس متين، حتى إذا استعمله وهو ينوي غير هذا الغرض، أو مارسه في ظرف غير مناسب بحيث أفضى ذلك إلى الإضرار بالطرف الآخر، ولو دون قصد منه إلى إيقاعها، بل لزمت ووقعت نتيجة حتمية لعدوله في مثل ذلك الظرف، كأن سافر إلى بلد أجنبي لطلب العلم، ومكث عدة سنوات التقى خلالها بأخرى أجنبية، من ذلك البلد، وتزوج بها، وفسخ خطبة الأولى، ولم يكن قد صدر منه أفعال ضارة من التغرير، أو قصد الإضرار بها، ولكن تصرفه على هذا الوجه يحتمل أنه قد فوت عليها الفرصة لتقدم الخطاب إليها؛ إذ قد تكون تقدمت في السن، أو أثيرت حولها الشكوك من جراء هذا العدول، بعد فترة غير قصيرة، حتى إذا وقع هذا، اتجهت عليه المسؤولية عما لحق بها من ضرر.

فالضرر هنا ـ كما ترى ـ إنما كان نتيجة حتمية لازمة للتأخر في فسخ الخطبة، ولو لم يكن يقصد إيذاءها، حتى إذا أسر في نفسه هذا الإيذاء، ونهضت بذلك القرائن، كانت المسؤولية أوجب وألزم، لتحقق تعسفه في استعمال حقه من حيث الباعث، فضلاً عن المآل.

وعلى هذا، فإن العدول إذا كان معيباً في باعثه أو نتيجته ومآله، يوجب المسؤولية إذا لحق بالطرف الآخر ضرر محقق، مادي أو أدبي.

هذا، وكل من الباعث غير المشروع أو النتيجة الضررية اللازمة أو اللاحقة بالغير من جراء العدول، ليس هو الغاية التي شرع من أجلها حق العدول، فهو إذن تعسف وانحراف عنها، وهذا هو منشأ المسؤولية، والحكم بالتعويض.

كل هذا ما لم يكن هناك أسباب معقولة تسوغ هذا العدول، فتسقط المسؤولية حينئذ، ولو وقع الضرر؛ لأن هذه المسوغات المعقولة، تنفي صفة التعسف عن العدول، وبانتفاء صفة التعسف تنتفي المسؤولية؛ لأنه علته، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

فتبين أن التعسف هو استعمال الحق أو الإباحة في غير الغاية التي تمثل وظيفته الاجتماعية، وهو منشأ المسؤولية عن الضرر الناجم عن هذا التعسف، قصداً أو مآلاً، ولو لم يكن ثمة تغرير أو أفعال ضارة مستقلة مصاحبة؛ لأن المسؤولية في هذه الأخيرة تقصيرية لا تعسفية، وفرق بينهما، من قِبَل أن الفعل في المسؤولية التقصيرية غير مشروع أصلاً، بخلاف الفعل في المسؤولية التعسفية، فهو مشروع في الأصل؛ لأنه استعمال حق، وهذا فارق حاسم، فلا ينبغي التخليط بينهما، وكلاهما من حقائق التشريع التي تبنى عليها الأحكام.

هذا، ونظرية التعسف في الفقه الإسلامي مدعمة الأصول[1]، منبسطة الظل على كافة أنواع الحقوق، لاتصالها بمفهوم العدل فيه، ولا يشفع لذي الحق ـ إذا أضرَّ بغيره ـ ادعاؤه أنه يستعمل حقه، وهو أمر جائز، والجواز ينافي الضمان والمسؤولية، كل هذا مقبول ما لم يكن ثمة تعسف، وانحراف عن الغاية التي وضعها المشرع للخطبة، ولا ريب أن الضرر والأذى دون وجه حق أمر خارج عن تلك الغاية، وانحراف عنها، ولا نقصد بالتعسف إلّا هذا، وغاية الحق تمثل الوظيفة الاجتماعية التي ينبغي أن يحققها صاحب الحق إبان استعماله لحقه، وإلّا كانت الحقوق معاول للهدم، ووسائل للضرر، وليست ذات وظائف اجتماعية، ولا يقول بذلك عاقل، فضلاً عن الشارع الحكيم.

هذا، والضرر ـ في حد ذاته ـ ممنوع في الفقه الإسلامي إيقاعاً ووقوعاً، بقطع النظر عن منشئه، إذا كان بغير حق، لعموم قوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»[2] وهذا من «حقائق التشريع الثابتة» بل هو أصل عام حاكم على التشريع كله، وتؤيده جزئيات وكليات لا تحصى كثرة[3]، فكل حق ـ في الفقه الإسلامي ـ مقيد بمنع الضرر، قصداً

(١) «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده»: ص٢٤ للمؤلف، طبع مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة ثانية ١٩٧٧.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

(٣) «جامع العلوم والحكم» لابن رجب الحنبلي ص٢٦٧.

أو مآلاً، أيًا كان منشؤه، كما أسلفنا، عملاً بعموم القاعدة «لا ضرر ولا ضرار»[1] أما الأضرار التي تلحق بالمخطوبة، وقد تسببت هي في نشوئها، كخروجها هي عن تعاليم الشريعة وآدابها، فمثل هذا لا يوجب المسؤولية في التعويض؛ لأنها أفعال محرمة، بل توجب مسؤوليتها هي ديانة عن التفريط في حق نفسها، والخروج على حدود الأخلاق والآداب، فالشريعة لا تحمي من ينتهك حرمة تعاليمها.

والواقع، أن العدول عن الخطبة ـ بما هو استعمال لحق في الأصل ـ يتعلق به دليلان: أحدهما خاص، والآخر عام[2].

أما الخاص: فهو ما قدمنا من الأدلة التي تنهض بكونه أمراً مباحاً؛ لأنه استعمال

---

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حديث حسن.

(٢) هذا، ولا يقال: إن العدول عن الخطبة دون مسوغ ضرب من الإخلاف في الوعد، وهو مناف للأخلاق والفضائل، ومذموم عند أهل المروءات، فكان حكماً خلقيًا أدبيًا لا قضائيًا ملزماً، فلا وجه بالتالي للحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عنه، لا يقال هذا لأمرين:

أولاً: أن الإخلاف في الوعد دون مسوغ، وإن كان في الأصل أمراً خلقيًا، وهو منهي عنه ديانة؛ لأن الأحكام الخلقية موكول إلى الضمير والوازع الديني أمر تنفيذها، لا إلى القضاء، لتميزها عن أحكام التشريع الملزم، غير أنه ـ وإن صح هذا التمييز ـ فإن الفارق بينهما ـ في نظر الفقه الإسلامي ـ ينهار إذا ما تعدى الفعل إلى الواقع الاجتماعي، بأن مس للغير حقًا، وأصابه بالضرر، إذ لا بد حينئذ من مواجهة هذا الإخلال بحق الغير؛ لأن من المقرر فقهاً أن «حق الغير محافظ عليه شرعاً» وذلك بتحويل هذا الحكم الخلقي إلى قضائي ملزم، إزالة للضرر عيناً إن أمكن، أو معنى بالتعويض، جبراً للضرر بقدر الإمكان، إذا كان لا مسوغ له، ودون وجه حق.

ثانياً: أن الحكم الخلقي أو الدياني يظل متروكاً لحرية المكلف ووازعه الديني، لتحقيقه والالتزام به، ما دام هذا الوازع قويًا كافياً في الردع والمنع عن الإيذاء والضرر، حتى إذا خف أو ضعف، وجب أن يقوم مقامه، مؤيداً له ـ وازع السلطة والقضاء، ولا يترك لحرية المكلف الذي ثبتت إساءته لأمانة التكليف، وإلّا كان الظلم والضرر والفوضى، مما لا تستقيم به الحياة، وهذا لا يرضى به عاقل، فضلاً عن المشرع الحكيم.

هذا، ولا تجد حكماً تشريعيًا في الفقه الإسلامي إلّا ويستند أساساً إلى قاعدة خلقية، مما يؤذن بمشروعية هذا التحويل، وإذا كان الفقه الإسلامي غنيًا جدًا بالقواعد الخلقية، لمكان العقيدة فيه، أمكنك أن تتصور هذه الثروة التشريعية الهائلة التي تنجم عن تلك القواعد الخلقية، فيما إذا تحولت إلى تشريع ملزم.

لحق شخصي تقديري ناشئ عن طبيعة الخطبة ذاتها، بوضع الشارع، ولا يمس حقًّا لأحد.

وأما العام: فهو قاعدة كلية حاكمة على التشريع كله، نظراً وتطبيقاً، ومقيدة لأحكامه؛ إذ الأحكام إنما شرعت لمصالح المكلفين، لا للإضرار بهم، وهذه القاعدة قررها قوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**» ومقتضاها: أن كل من تسبب في الإضرار بغيره، دون وجه حق ـ مباشرة أو بطريق غير مباشر، أي: عن طريق استعمال الحقوق والحريات ـ ملزم بإزالة هذا الضرر عيناً إن أمكن[1]، أو رفعه معنىً بالتعويض، إذا تعذر أداء الواجب العيني[2]، جبراً للضرر بقدر الإمكان[3]، ولو كان ذلك الضرر نتيجة لاستعمال حق، كيلا تتخذ الحقوق ذرائع للإضرار، ولم تشرع لذلك بداهة؛ لأن الضرر ـ في حد ذاته ـ ممنوع إيقاعاً أو وقوعاً دون وجه حق، للقاعدة العامة التي نوهنا بها، فواقعة الضرر تستوجب المسؤولية تجاه من تسبب في إحداثها، أيًّا كان منشؤها فعلاً ضارًّا في الأصل، أو فعلاً مشروعاً، تخوله إحدى سلطات الحق الثلاث، أو مَكِنَة من الحريات، ومسألتنا من هذا النوع الأخير.

هذا، ولا بد من إعمال الدليلين في الواقع العملي، فلا يجوز إهمال أحدهما، لما تقرر أن إعمال الدليلين خير من إهمالهما أو إهمال أحدهما، ولأن حقائق التشريع وحدة كاملة لا تتجزأ، فلا يجوز الاجتزاء أو الاكتفاء ببعض الحقائق التشريعية دون بعض، لمنافاة ذلك لمقتضى العدل، ولأنه لا تخالف في التشريع بين الجزئي والكلي؛ إذ ليس ذلك من سماته، والاجتزاء هو منشأ الخطأ في اجتهاد كثير من الكاتبين في مسلة حكم العدول، فمن ذهب إلى أن العدول في حد ذاته لا يوجب المسؤولية بأي حال من الأحوال، لم يراع وجه التعسف فيه، وهو منشأ المسؤولية، كما لم يلتفت

---

(١) عملاً بالقاعدة المستقرة في الفقه الإسلامي «الضرر يزال» أي: تجب إزالته عيناً إذا أمكن، أو بدلاً إن تعذر الأداء العيني.

(٢) عملاً بقاعدة «إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل».

(٣) وهذه القاعدة وإن كانت تقوم بدور وقائي وهو دفع الضرر قبل وقوعه، غير أنها لا تصلح لأن تطبق على إزالة الضرر معنى إذا تعذر عيناً؛ لأنه هو الممكن.

إلى أن الحق في التشريع الإسلامي مقيد لا مطلق، وأنه مقيد بغايته، ومن ذهب إلى أن العدول المصاحَب بفعل ضار يوجب المسؤولية في التعويض، أثراً لذلك الفعل غير المشروع ـ وهذه في الواقع مسؤولية تقصيرية ـ يشير إلى أنه أغفل المسؤولية التعسفية التي استقرت أصولها في التشريع الإسلامي، وكانت المصدر لنظرية التعسف التي أخذ بها القانون المدني السوري وأصله المصري[1] في الباب التمهيدي، وقد فرقنا بين المسؤوليتين، وأن إحداهما لا تغني عن الأخرى.

الحكم بالتعويض، جزاء للتعسف في حق العدول، وجبراً للضرر الذي نجم عنه، لا يقيد حرية الزواج مطلقاً.

ولا يَرِدُ علينا أن الحكم بالتعويض عن الضرر الناشئ عن إساءة استعمال حق العدول، يقيد حرية الزواج، مما يعود على الغاية من مشروعية الخطبة كلها بالنقض، وهذا لا يجوز المصير إليه بحال، لسبب بسيط، هو أن تلك الحرية قد كفلها الشارع، وحرص عليها، بجعله الخطبة غير ملزمة، ليكون إبرامه على أساس متين، أقول: لا يرد علينا ذلك لما نورد من الأدلة الآتية:

أولاً ـ أن الحكم بالتعويض يستند أساساً ـ كما قدمنا ـ إلى التعسف الذي نجم عنه الضرر، والغرض منه إزالة الضرر اللاحق بالطرف الآخر، دون وجه حق، وهو ما تقتضيه العدالة، ولا علاقة لهذا ـ كما ترى ـ بحرية الزواج أصلاً؛ إذ لم يقل أحد بأن من عدل عن الخطبة متعسفاً ملزم بإنشاء عقد الزواج مستقبلاً، فهما أمران منفصلان، فبقيت حرية الزواج مكفولة بعد الحكم بالتعويض كما كانت مكفولة قبله، إذ ليس الإلزام بالتعويض جبراً للضرر وجزاء للتعسف، يتضمن الإلزام بإبرام عقد الزواج مطلقاً.

هذا، وإذا كانت حرية الزواج قد منحت في الشرع لكل إنسان، عدلاً، فإن الإلزام بالتعويض بالنسبة لمن ألحق ضرراً بغيره تعسفاً، مما يقتضيه العدل أيضاً، وكلاهما

(١) انظر المادة: ٦ من القانون المدني السوري، والمادة: ٥ من القانون المدني المصري.

واجب الإنفاذ؛ لأن العدل لا يتجزأ، وإلّا كان الظلم لاحقاً بالمضرور دون مسوغ، وهو ما لا يقره الشرع بحال؛ إذ ليست رعاية الحق والعدل في أحدهما مما يجوز أن يكون صارفاً لرعاية الحق والعدل في الآخر، فالإنصاف حق لكل منهما كملاً وعلى سواء.

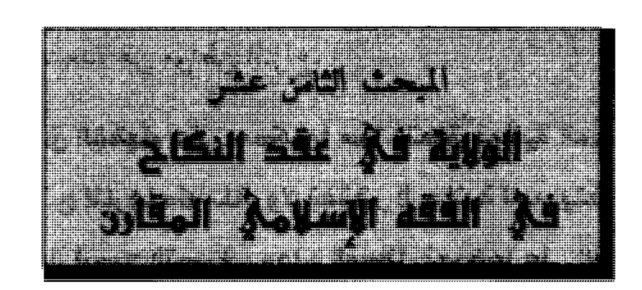
ثانياً ـ أن لمن عدل من أحد طرفي الخطبة، ملء الحرية في أن يعود إلى الآخر، ويتفقا على إبرام عقد الزواج، ولا مانع يحول دون ذلك، إذا ما تراضيا بينهما، سواء أكان ذلك قبل الحكم بالتعويض أم بعده.

ثالثاً ـ أن الحرية في أصل العدول مكفولة أيضاً، ولا يؤثر الحكم بالتعويض جزاءً للتعسف في استعماله على هذه الحرية مطلقاً؛ لأن الجهة منفكة، فلا تناقض ولا تقييد؛ إذ التعويض منشؤه التعسف في استعمال حق العدول، وليس منشؤه أصل حق العدول، وفرق بين أصل الحق، وبين التعسف في استعماله، فبقي الأول مكفولاً، والتمييز بينهما من أبلغ وجوه الدقة في التشريع.

وهكذا ترى أن المسؤولية التعسفية التي أوجبت التعويض عن الضرر عدلاً، لم تمس أصلاً، أياً من مبدأ الحرية في العدول، ولا من مبدأ الحرية في الزواج، وهذا مما ينبغي أن يتجه نقداً للرأيين السابقين[1].

---

(١) التعسف أمر عارض على ممارسة الحق، ويكون التعسف إما من حيث «الباعث» غير المشروع، كالقصد السيئ، ونية الإضرار، وهذا هو «المعيار» الشخصي له، وإما من حيث «النتيجة» اللازمة المترتبة على استعمال الحق، وهذا هو «المعيار الموضوعي» حيث ينظر إلى واقعة الضرر في حد ذاتها، بقطع النظر إلى البواعث والعوامل النفسية، فالحقوق لم تشرع أصلاً لهذه النتائج من الضرر الراجح الواقع في المجتمع، وأيًا ما كان فالتعسف من فعل المكلف، لا من فعل الشارع، بداهة، لكن الشارع يواجه هذا العارض الطارئ من فعل المكلف الملابس لاستعمال الحق بقواعد عامة، لتدرأ آثار التعسف قبل الوقوع، للقاعدة التي مؤداها: «يدفع الضرر بقدر الإمكان»، وهذا هو الدور الوقائي لنظرية التعسف، أو لإزالة الضرر ورفعه بعد الوقوع، لقاعدة «الضرر يزال» ولقوله ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»** [أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣، من حديث جابر بن عبد الله، بهذا اللفظ، وهو عند ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام»]. وهذا ما يقتضيه العدل؛ لأن =



المبحث الثامن عشر

الولاية في عقد النكاح

في الفقه الإسلامي المقارن

مقدمة:

يتحدد موضوع البحث في «الولاية في عقد النكاح» من حيث كونها شرطاً في صحة العقد، أو ليست بشرط، وهو ما أشار إليه ابن رشد في كتابه «بداية المجتهد» حيث حدد «محل النزاع» في هذه المسألة، إذ يقول ما نصه: «اختلف الفقهاء: هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح، أم ليست بشرط»[1]؟

= إلحاق الضرر بالغير دون وجه حق، محرم وممنوع في الفقه الإسلامي، أيًّا كان منشؤه، سواء كان عن طريق مباشر كالاعتداء، أو غير مباشر، عن طريق استعمال إباحة أو حق؛ لأن العبرة بالنتيجة؛ لأنه ظلم، والظلم يجب دفعه أو رفعه، عدلاً، ودرءاً للتعسف، وسدًّا للذريعة.

هذا، وليس من شأن الشارع العادل الكريم أن يترك الظروف الطارئة، والعوارض الناشئة بسبب من المكلف إذا أحدثت ضرراً بالغير، أن يتركها دون حكم، فكل حادث يطرأ له في الشرع حكم يتناوله، وإلّا كان الظلم والفساد والضرر، وهذا لا يتصور في تشريع الله ورسوله.

أما إذا كان التصرف في حق على الوجه الذي يحقق غايته، دون انحراف أو تعسف، فمن غير المتصور أن يفضي إلى إضرار بأحد، وهذا معنى القاعدة التي احتج بها من منع التعويض ومفادها: «أن الجواز الشرعي، ينافي الضمان» ولكنهم استدلوا بها في غير هذا الموضوع، وهذا تجاهل منهم لموضوعها، إذ يعارض هذه القاعدة في حكمها نظرية التعسف، حيث تحكم بالتعويض، فكان التوفيق بينهما أن نظرية التعسف تحكم العوارض الطارئة على ممارسة الحق، بفعل من المكلف، وتسببه في إحداث الأضرار بالغير، وأما قاعدة «الجواز الشرعي ينافي الضمان» فمجال تطبيقها في غير مجال التعسف، جمعاً بين الدليلين، وعملاً بحقائق التشريع دون إهمال لأي منهما، كيلا يختل ميزان العدالة.

راجع «الموافقات»: (٤/٨٩ وما يليها).

(١) «بداية المجتهد»: (٢/٨).

وقبل أن نتناول هذه المسألة بالبحث ـ وهي مسألة اختلفت فيها أنظار المجتهدين اختلافاً واسعاً ـ نعرض المواطن أو المسائل التي اتفق على حكمها الفقهاء، مما يتعلق بولاية المرأة، لنستبعده عن مواطن النزاع.

المسائل التي اتفق الفقهاء على حكمها مما يتعلق بولاية المرأة فيها، وأنها ولاية صحيحة تنتج آثارها كاملة، ولا تفتقر إلى ولاية أحد يتفرد بالأمر دونها، أو يشاركها فيها، ليصح التصرف، وهذه المسائل نعرضها على الوجه التالي:

أولاً ـ للمرأة الأهلية الكاملة في إبرام كافة عقود المعاملات، فيما عدا النكاح، وأن تليها بنفسها اتفاقاً، وهي صحيحة منتجة لآثارها.

وإذا كان لها الولاية الكاملة في إبرام ما تشاء من العقود المالية، على استقلال، فإنها تملك أن توكل فيها غيرها؛ لأن من ملك شيئاً جاز له أن يوكل فيه غيره، وليس لأحد حق الاعتراض على تصرفها المستقل في أموالها.

ثانياً ـ أن عقد النكاح لو باشره الولي الشرعي، وبإذن المرأة البالغة العاقلة، وتمام رضاها، فالعقد صحيح ونافذ.

تحديد موضوع البحث أو محل النزاع:

واختلفوا[1] فيما إذا باشرت البكر البالغة العاقلة عقد زواجها بنفسها، أو وكلت غيرها بمباشرته ـ أي: ما عدا وليها الشرعي ـ ما أثر ذلك على صحة العقد، أو نفاذه، أو لزومه؟؟

اختلف الفقهاء في ذلك على آراء:

أ ـ فذهب مالك[2] ـ في رواية أشهب عنه ـ إلى أن الولي في النكاح شرط في الصحة، وبه قال الشافعي، وأحمد[3]، فلا يصح عقد الزواج بعبارة النساء أصلاً، أصيلة أو وكيلة، وهو رأي الزيدية، وابن حزم.

---

(١) «نيل الأوطار» للشوكاني: (٦/ ١٣٦)، و«المحلى»: (١١/ ٣٠).

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/ ٨)، ط ثالثة، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ١٣٧٩هـ ـ ١٩٦٠م.

(٣) المرجع السابق. وراجع أيضاً: «الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي»: (٢/ ٢٢٥)، وراجع في مذهب الظاهرية «المحلى»: (٩/ ٤٥٥)، وراجع في مذهب الإمام أحمد «المغني»: (٦/ ٤٤٦).

وثمة رواية أخرى عن مالك ـ رواها ابن القاسم ـ أن الولي شرط تمام، لا شرط صحة، فاشتراط الولاية سنة لا فرض.

والمعروف في فقه المالكية، أنهم يفرقون بين المرأة الشريفة ذات الجاه أو المال أو الجمال أو الشأن المرغوب فيها، وبين غيرها من عامة الناس، أو كانت فقيرة، فلا بد من الولي بالنسبة إلى الأولى، أما الثانية فيجوز لها أن تستخلف من تشاء من الرجال على إنكاحها[١].

وهكذا ترى أن شرط الولي في عقد النكاح في المذهب المالكي، دائر بين كونه شرط صحة، أو شرط تمام، فضلاً عن تفرقتهم بين المرأة ذات المكانة والشأن وغيرها، بالنسبة إلى حكم الولاية في عقد زواجها.

فتلخص أن هذا القول من أن «عقد النكاح» إذا باشرته المرأة بنفسها، كان غير صحيح، ولا ينتج أثراً، سواء أكانت أصيلة عن نفسها، أم وكيلة عن غيرها، أو وكلت غيرها بإبرام عقد زواجها، فالعقد باطل، حتى ولو أذن لها وليها بإجرائه، وسواء أكانت المرأة بكراً أم ثيباً، صغيرة أم كبيرة، وسواء زوجت نفسها من كفء، أم غير كفء، وهو رأي الجمهور؛ إذ ليس للمرأة أن تعقد عقد النكاح بعباراتها أصلاً، أصيلة كانت أم وكيلة[٢]، ولا أن تتولى توكيل أحد بتزويجها غير وليها، أقول: هذا القول ليس على إطلاقه، في مذهب المالكية خاصة.

ب ـ وذهب أبو حنيفة، وزفر، والصاحبان في رواية، إلى أن المرأة البالغة العاقلة إذا وليت هي عقد نكاحها بنفسها من دون وليها، جاز العقد، إذا كان الزوج كفؤاً، وليس لأحد حق الاعتراض على هذا العقد.

وإذا جاز لها أن تزوج نفسها أصالة، جاز لها أن توكل بتزويجها من تشاء[٣]، أو

---

(١) «المغني»: (٦/ ٤٤٦)، و«البحر الزخار»: (٣/ ٢٣)، على أن مذهب الزيدية اشترط إذن الولي، فيجوز أن تباشر المرأة عقد زواجها بنفسها، ولكن بشرط إذن الولي: (٣/ ٢٥).

(٢) «نيل الأوطار»: (٦/ ١٣٦)، و«بدائع الصنائع»: (٣/ ١٣٦)، و«المهذب»: (٢/ ٣٥)، و«المغني»: (٦/ ٤٤٨).

(٣) ما عدا وليها؛ إذ توكيل وليها بتزويجها جائز إجماعاً، أما تزويج غير وليها لها، وكالة عنها، فهو =

تتولى هي تزويج غيرها من النساء وكالة، للقاعدة «من ملك شيئاً، جاز له أن يوكل فيه غيره»[١]، فيصح عقد الزواج بعبارتها، لنفسها أصالة، ولغيرها وكالة.

وهذا هو قول الزهري، والشعبي، وابن سيرين، وقتادة[٢].

ج - وذهب محمد بن الحسن إلى اشتراط إذن الولي فقط، دون مباشرته العقد بعبارته، فيصح بعبارة المرأة البالغة العاقلة، غير أنه عقد موقوف على إذن الولي، إن أجازه نفذ، وإن لم يجزه بطل، وفي حالة امتناع الولي عن الإجازة في الكفء، يكون عاضلاً، فيجدد القاضي العقد، ولكن روي رجوعه إلى ظاهر الرواية[٣].

د - مذهب الإمامية[٤] أن المرأة الثيب الرشيدة، لا ولاية لأحد عليها، من أب أو جد، أو سواهما من الأولياء، من باب أولى.

وأما المرأة البكر الرشيدة، إن لم يكن لها أب، أو جد، فهي كالثيب الرشيدة، لا ولاية لأحد عليها، وأمّا إن كان لها أب أو جد، فثمة روايات ثلاث في فقه الإمامية:

الأولى: أنها كالثيب، ولكن يستحب لها أن تنيب أباها، أو جدها، ليتولى عقد نكاحها.

الثانية: أن الأمر مشترك بينهما، فلا يستقل أحدهما بالعقد، فإذا تولته المرأة، فلا بد من إذن الولي.

= موضوع نزاع، مرده، هل تملك هي أن تزوج نفسها من دون وليها أو لا؟ فمن ذهب إلى أن ذلك من حقها، أجاز لها توكيل غيرها بتزويجها، ومن ذهب إلى أن ذلك ليس من حقها، وعقدها باطل، فكذلك توكيلها؛ لأنها توكل غيرها في أمر لا تملكه هي.

(١) «البحر الرائق»: (٣/ ١١٧).

(٢) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/ ٨).

(٣) «تبيين الحقائق» للزيلعي: (٢/ ١١٧)، و«البدائع» للكاساني: (٣/ ١٦٣).

(٤) «المتصرف النافع» للحلي ص١٩٧، وكتاب «العروة الوثقى» للطباطبائي ص٧٨٣، ط إيران، وكتاب «الخلاف» للطوسي: (٢/ ٥٦).

هـ ـ مذهب أبي ثور[١]: أمر عقد الزواج مشترك بين المرأة ووليها، لا يستقل أحدهما بإبرامه، دون إذن الآخر، وإلا كان باطلاً، فإذا أذن الولي لها أن تعقد نكاحها بنفسها، فالعقد صحيح، وإذا باشره الولي بإذن المرأة، فالعقد صحيح كذلك، وإذا باشره أحدهما دون إذن الآخر، فالعقد باطل.

غير أن ثمة رواية أخرى تنقل رأياً آخر للثوري، مفاده: إن زوّجها رجل مسلم آخر، جاز؛ لأن المؤمنين إخوة، وبعضهم أولياء بعض، وأما إن تولت هي عقد زواجه، أو عقد زواج غيرها، فالعقد باطل[٢].

و ـ المذهب الظاهري[٣] يفرق بين البكر والثيب، فأما الأولى، فلا يصح نكاحها إلّا بولي.

وأما الثيب، فتولي من شاءت من المسلمين زواجها، وليس للولي في ذلك اعتراض[٤].

ونكتفي بهذا القدر من بيان وجهات نظر المذاهب الفقهية، لنتناول أدلة كلِّ مذهب، ووجوه الاستدلال بها، ثم إجراء المقارنة بينها، لننتهي منها إلى الرأي الذي نراه هو الراجح في هذه المسألة.

أولاً ـ أدلة المذهب الأول: المالكية والشافعية والحنابلة ومن ذهب مذهبهم (الجمهور)

(الولي شرط في صحة عقد النكاح).. استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول.

١ ـ أما الكتاب، فاستدلوا بآيات ثلاث:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

---

(١) «البحر الرائق»: (٣/ ١١٧)، و«المهذب»: (٢/ ٣٥).

(٢) المرجع السابق.

(٣) «المحلى»: (٩/ ٤٥٥).

(٤) «المحلى» لابن حزم: (٩/ ٤٥٥)، فقد جاء فيه ما نصه: «وأما أبو داود فقال: أما البكر، فلا يزوجها إلّا وليها، وأما الثيب، فتولي من شاءت من المسلمين، ويزوجها، وليس للولي في ذلك اعتراض».

ثانياً: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾ [البقرة: ٢٢١].

ثالثاً: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

أما وجه الاستدلال بالآية الأولى، فقالوا: إن الخطاب فيها موجه إلى الأولياء، فلو لم يكن حق الولاية لهم، لما خوطبوا بوجوب إنكاح الأيامى[1] من النساء، أي: من لا أزواج لهن، فدل ذلك على أن ولاية عقد النكاح للأولياء، لا للنساء، فليس للمرأة ولاية في عقد الزواج أصلاً، وإن تولته كان باطلاً.

وأما وجه الاستدلال بالآية الثانية، فهو أن الخطاب موجه إلى الأولياء أيضاً، بالنهي عن تزويج المشركين، حتى يؤمنوا، ولا يوجه الخطاب بالنهي عن شيء لمن لا يملكه، فدل ذلك على أن ولاية التزويج لا يملكها إلّا الأولياء، وإلّا ما صح توجيه الخطاب إليهم أصلاً، ولكان توجيهه خِلْواً من الفائدة.

وأما وجه الاستدلال بالآية الكريمة الثالثة، فهو أن الخطاب موجه إلى الأولياء، ينهاهم عن منع تزويج من تحت ولايتهم من النساء، أو التصرف فيما منحهم الله من ولاية، على وجه غير مشروع يترتب عليه ضرر بهنَّ، إذْ لم تشرع لهم الولاية للتصرف بها على هذا الوجه من الضرر، وقالوا: إن الخطاب بالنهي عن المنع، إما يتجه إلى من بيده الشيء الممنوع، وهو «الولاية» ولو كان للمرأة أن تستقل بتزويج نفسها دون وليها، لما كان لنهيهم عن العضل والمنع أي معنى، فدل ذلك على أن «الولاية» حق للأولياء، ولا يصح عقد الزواج إذا لم يباشر الولي الشرعي حقه فيه، وأن المرأة ليس لها حق الولاية على تزويج نفسها، فضلاً عن غيرها وكالة.

يؤيد هذا ما ورد في سبب نزول آية: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ . . .﴾.

فقد روى البخاري في «صحيحه»، وأبو داود، والترمذي، وصححه، عن معقل بن

---

(١) الأيامى ـ جمع «أيِّم» بالياء المشددة المكسورة ـ وهي المرأة التي لا زوج لها، بكراً كانت أم ثيباً.

يسار، أنه زوّج أختاً له رجلاً من المسلمين، فطلقها طلقة، وبعد انقضاء عدتها جاء يخطبها من وليها، فقال له: زوجتك وأفرشتك، وأكرمتك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها!؟ لا والله! لا تعود إليها أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت تريد أن ترجع إليه، فعلم الله حاجته إليها، وحاجتها إليه، فأنزل الله هذه الآية، فقال: الآن أفعل يا رسول الله، فزوجها إياه[1].

ووجه الاستدلال بسبب النزول هذا، بما يؤكد المذهب القائل باشتراط الولي لصحة عقد النكاح، أنه لو كان للمرأة أن تزوج نفسها دون ولاية الولي، لفعلت، مع شدة رغبتها في زوجها، ورغبته فيها، فثبت أن الولاية شرط في صحة عقد النكاح.

وأيضاً، بيَّن سبب النزول[2] معنى قوله تعالى في الآية نفسها: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أنه الولي لا الزوج، مما يؤيد هذا المذهب في اشتراطه الولي، وهذا يدحض القول بأن المراد من الذي بيده عقد النكاح هو الزوج، حتى يكون الخطاب موجهاً إلى الأزواج لا إلى الأولياء، فلا يصح بالتالي الاستدلال بالآية على اشتراط الولي، يدحض هذا سبب النزول الذي ألقى ضوءاً على المقصود من قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ وهو الولي، فصح الاستدلال، وتأيد المذهب القائل باشتراط الولي بهذه الآية الكريمة.

٢ ـ أما استدلالهم بالسنة، فمن مثل قوله ﷺ: «**لا نكاح إلّا بولي، وشاهدي عدل**»[3].

وفي هذا الحديث دلالة على أن الولي شرط لصحة عقد الزواج، فإذا انتفى الشرط انتفت الصحة؛ إذ لا يصح الشيء بدون شرطه المعلق عليه، وإلّا ما كان ثمة من وجه

(١) البخاري: ٥١٣٠، وأبو داود: ٢٠٨٧، والترمذي بإثر: ٢٩٨١. وانظر «الباب النقول في أسباب النزول» ص٤٦ للسيوطي، وراجع أيضاً: «مقارنة المذاهب» «بحث انعقاد النكاح بعبارة النساء» للشيخ محمود شلتوت والشيخ محمد السايس.

(٢) «نيل الأوطار»: (١٢٩/٦).

(٣) أخرجه أبو داود: ٢٠٨٣، والترمذي: ١١٠٢، وابن ماجه: ١٨٧٩، وأحمد: ٢٤٢٠٥، وهو صحيح.

لتعليقه عليه، والنفي هنا في قوله ﷺ: «لا نكاح» ينصب على الصحة، فيرفعها؛ لأنها أقرب شيء إلى نفي الذات.

هذا، والحديث مطلق؛ إذ لم يفرق بين الصغيرة والكبيرة، ولا بين البكر والثيب.

٢ ـ قوله ﷺ فيما روته عائشة رضي الله عنها: **«أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل»**(١).

وفي الحديث ـ كما ترى ـ دلالة صريحة على أن النكاح بدون ولي باطل.

٣ ـ ما روي عن أبي هريرة، قال: قال ﷺ: **«لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، والزانية هي التي تزوج نفسها»**(٢).

ووجه الاستدلال، أن وصف المرأة التي تلي إنشاء عقد الزواج لنفسها أصالة، أو لغيرها وكالة، أن وصفها بما ذكر من «المعصية» يدل على نهاية القبح، وهو دليل التحريم البات، فدل ذلك أن ولاية عقد النكاح «حق للأولياء» لا للنساء، ولا جَرَمَ أن نهاية القبح في الوصف دليل على بالغ الإثم، وعظم المعصية، ومعلوم أنّ المعصية البالغة لا تُلابس عقد النكاح الذي يتضمن معنى التعبد شرعاً، على الصحيح، للتنافي بين التعبد ومعنى المعصية، فيبطل العقد رأساً، رفعاً للمعصية، وللحيلولة دون الوقوع في الإثم الكبير، وإذا انتفت المشروعية فيما فيه معنى التعبد، كان البطلان، ذلك لأن الفساد في عقد النكاح في مثل هذه الحال وقبل الدخول، مرادف للبطلان، إجماعاً، وإن كان يترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح بعد الدخول، عند الحنفية وبعض المالكية، وليس هنا مقام بحثه.

على أن هذا المعنى، قد تأكد بأحاديث أُخَر، تنفي عن النساء بإطلاق أن يكون لهن حق في مباشرة عقد زواجهن بأنفسهن أصالة، أو تزويج غيرهن وكالة، من مثل

---

(١) أخرجه أبو داود: ٢٠٨٥، والترمذي: ١١٠١، وابن ماجه: ١٨٨١، وأحمد: ١٩٥١٨، من حديث أبي موسى، وهو صحيح.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ١٨٨٢. وانظر «نيل الأوطار»: (٦/١١٨ ـ ١١٩)، المطبعة العثمانية المصرية، طبعة أولى ١٣٥٧ هـ ـ القاهرة.

قوله ﷺ: **«ألا لا يزوج النساء إلّا الأولياء»**(١) فدل هذا على بطلان عقد النكاح بعبارة النساء، بإطلاق، أصالة أو وكالة.

ووجه الدلالة، أن ولاية إنشاء عقد الزواج قد حصره منطوق الحديث الشريف في «الأولياء» دون النساء، وجاء بأداة «التنبيه» «ألا» للدلالة على أهمية هذا الأمر، وخطورته! ثم جاء بأداة الحصر(٢)، وكذلك قوله ﷺ: **«لا بد في النكاح من أربع: الزوج، والولي، وشاهدين»**(٣).

ووجه الدلالة، أن كلمة «لا بد» تعني «لا مناص» لقيام الذات الشرعية للعقد، أو لا محيد لصحة العقد من توفر هذه الأربع جميعاً، وسواء أكانت هذه الأربع أركاناً، أم كانت شروط صحة، فعدم توفرها كلها، أو تخلف أي منها، يجعل العقد باطلاً شرعاً، وهذا دليل الفرضية؛ إذ لا يوجد الشيء بدون ركنه، أو بتخلف أحد أركانه، أو شروطه المتوقف عليه وجوده أو تحقق ذاته الشرعية، أو صحته.

٤ ـ أما أدلة الجمهور من المعقول في اشتراط الولي، لصحة عقد النكاح، فنوردها على الوجه التالي:

١) إن من فطرة النساء «الحياء» والحياء من مكارم الأخلاق، ولا سيما بالنسبة إلى النساء خاصة، وقد راعى الشارع الحكيم أمر هذا «الحياء الفطري» في المرأة، ومنع عنها كل ما يخدشه، أو يثلمه، أو يجعلها تجاوزه إلى الوقاحة والرعونة، فإذا ولّى عليها الشرع في أمر نكاحها الأولياء من العصبات، كان هذا تساوقاً مع طبيعة «الحياء» الذي هو من فطرة النساء، ولا ريب أن الوقاحة والرعونة أمران يخرجان بالمرأة عن أن تكون مرغوباً فيها من قِبَلِ الرجال، أو مطمحاً لاتخاذها زوجة، فضلاً عن أنهما قد توقعانها في وخيم العواقب، لقلة خبرتها، وسرعة تأثرها، واغترارها.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى»: (٧/ ١٣٣)، من حديث جابر، وأخرجه سعيد بن منصور في «سننه»: (١/ ١٧٧) موقوفاً عن عمر بن الخطاب.

(٢) وهي قوله ﷺ: **«ألا لا يزوج النساء إلّا الأولياء»** وهذا أقوى من قولك: «يزوج النساء الأولياء».

(٣) أخرجه الدارقطني: (٣/ ٢٢٤) من حديث عائشة.

٢) على أن شدة ميل المرأة إلى الرجل ـ بحكم كون نفوس النساء طوامح إلى الرجال فطرة ـ قد يُسرع بها إلى التهور، والرضا بكل من يسبق إليها، دون تمحيص، أو تروٍّ، لذا كان خِطبة النساء إلى أهلهن.

٣) إن المرأة في الغالب لا تحضر مجالس الرجال، ومن هنا كان منشأ عدم الخبرة المؤدي إلى الاغترار، في أمر يتصل بالعرض والشرف، فضلاً عن أنَّ النكاح عقد العمر، فلا ينبغي أن يُتساهَلَ في إبرامه، تفادياً من ضياع مستقبل المرأة، وتنغيص حياتها عليها، فكانت الولاية عليها صوناً لها، وحرصاً على مستقبلها، وليس انتقاصاً من شأنها.

٤) هذا، والإمام الشافعي يحلل مضمون عقد الزواج معنى، ووظيفة، ومقصداً، ليستنبط الدليل على وجوب اشتراط الولي، لصحة عقد النكاح، نورده فيما يلي حيث يقول:

«لأن النكاح من جانب النساء عقد إضرار، بنفسه، وحكمه، وثمرته»[١].

أ ـ «أمّا نفسه، فإنه رقٌّ وأسرٌ، قال النبي ﷺ: «**اتقوا الله في النساء، فإنهن عندكم عوان**»[٢] أي: أسيرات، والإرقاق إضرار، أو كالأسيرات.

ب ـ «وأما حكمه[٣]، فإنه «ملك» فالزوج يملك التصرف في منافع بُضعِها، «الاستمتاع» استيفاء بالوطء، وإسقاطاً بالطلاق، ويملك حجرها عن الخروج والبروز، وعن التزوج بزوج».

ج ـ «وأما ثمرته، فالاستفراش كرهاً، وجبراً، ولا شك أن هذا إضرار، إلّا أنه قد ينقلب «مصلحة» وينجبر ما فيه من الضرر، إذا وقع وسيلة إلى

---

(١) «بدائع الصنائع» للكاساني: (٢/ ٢٤٢ و٢٤٨).

(٢) أخرجه أحمد: ٢٠٦٩٥، من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه، وهو حديث صحيح لغيره. وأخرجه الترمذي: ١١٦٣، وابن ماجه: ١٨٥١، من حديث عمرو بن الأحوص. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٣) أي: أثره الثابت به.

المصالح الظاهرة والباطنة، ولا يستدرك ذلك إلّا بالرأي الكامل، ورأيها ناقص، لنقصان عقلها[١] (لغلبة عاطفتها بحكم الأمومة) فبقي النكاح مضرة، فلا تملكه»[٢] وستأتي مناقشة هذا التحليل.

٥ ـ إن العقد إذا باشره المكلف، وكان لغيره حق الاعتراض عليه، كان فاسداً[٣].

٦ ـ لأنها مُولًّى عليها في النكاح، فلا يصح أن تَلِيَهُ، كالصغيرة.

٧ ـ «أن الولي يملك على المرأة قبل البلوغ حق الكفاءة، وحق تولي العقد، ولا يسقط حقه في الكفاءة بالبلوغ، فكذا حقه في مباشرة العقد»[٤].

ونُؤثرُ أن نشرع في مناقشة أدلة الجمهور من القرآن الكريم على اشتراط الولي لصحة عقد النكاح.

أولاً: يتجه على الجمهور ـ وفيهم مالك والشافعي، وأحمد، وغيرهم من الصحابة[٥] ـ أن الآيات الكريمة التي أسندت أمر التزويج إلى الأولياء، مما يتبادر إلى الذهن ـ بحكم المنطق اللغوي ـ أنهم هم الذين يملكون ولاية إنشاء عقد الزواج، حقًّا ثابتاً لهم، لا لغيرهم من النساء؛ لأن إسناد النكاح إلى الأولياء، في مثل قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢][٦].

والإنكاح هو تولي إنشاء عقد النكاح، ومباشرة إبرامه، وقد خاطب الله تعالى

---

(١) «البدائع» للكاساني: (٢/ ٢٤)، المقصود بنقصان العقل، غلبة عاطفتها المشبوبة على حكمة العقل، وأحكامه، ومنطقه، وذلك واقع، بل وفطري، بحكم أنوثتها التي هي منبع مشاعر الأمومة المفطورة عليها، فلا يعترض علينا بكمال عقلها؛ لأن هذا لا ينكره أحد، بدليل كمال التكليف، ولكنه كثيراً ما يكون عقلها مغلوباً على أمره، بسلطان العاطفة المهيمنة.

(٢) دفعاً للضرر عنها، فلا بد أن يملكه الأولياء، لينقلب عقد منفعة.

(٣) «المغني»: (٦/ ٤٤٥).

(٤) «دراسات في الفقه المقارن» للدكتور محمد عقلة ص١٤٧.

(٥) ومنهم عمر، وعلي، وابن عباس، وابن مسعود، وأبو هريرة، وعائشة، وفي «نيل الأوطار»: (٦/ ١١٨ وما يليها) عن ابن المنذر أنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك.

(٦) الأيامى من لا زوج لها من النساء، بكراً كانت أم ثيباً، وكذلك من لا زوجة له من الرجال. «البدائع» للكاساني: (٢/ ٢٤٨). «أحكام الأسرة» للشيخ مصطفى شلبي ص٢٦٢ ـ ٢٦٣، الهامش.

الأولياء به، وأضافه إليهم، والأصل في الإسناد أن المسند إليه هو الفاعل الحقيقي، هذا الإسناد يدل على أن «الحق» لهم، ولا يتولاه غيرهم[١]، بل لا يصار إلى غيرهم إلّا مجازاً، والأصل في الكلام الحقيقة، والمجاز خلاف الأصل، وهو تأويل لا يصح إلّا بدليل، ولا دليل، وإلّا ارتفع الأمان عن اللغة.

وإذا ثبتت الولاية ـ بمقتضى منطوق الآية الكريمة وغيرها التي تسند الإنكاح إلى الأولياء ـ حقًّا للولي على موليته في تزويجها، انتفى أن يكون للمرأة حق في أن تباشر عقد زواجها لنفسها أو لغيرها، فلا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً، أقول: يتجه على الجمهور في استدلالهم هذا ما يلي:

أولاً: أن الخطاب في الآية الكريمة التي تلونا من قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] يحتمل أن يكون موجهاً إلى عامة المسلمين[٢]، أو إلى أولي الأمر فيهم[٣] أي: إلى الولي العام، لا إلى الولي الخاص للمرأة من عصباتها، حتى يكون مأموراً بمباشرة عقد الزواج على موليته، وإذا كان هذا محتملاً، فمن المقرر أصوليًّا أن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال، سقط به الاستدلال، فلا حجة للجمهور إذن في هذه الآية الكريمة التي استدلوا بها على مدعاهم، من كون الولي الخاص شرطاً في صحة عقد النكاح، لمكان الاحتمال الذي يسقط به الاستدلال، كما رأيت.

وما يقال في هذا الدليل، يقال في غيره أيضاً، إذا احتمل أن يكون الخطاب فيه موجهاً إلى المسلمين عامة، أو أولي الأمر في الأمة، لا إلى الأولياء خاصة[٤].

ومفاد هذا الاحتمال ومسوغه، أن المسلمين ـ بما فيهم أولو الأمر ـ مأمورون بإعفاء النساء المسلمات اللائي لا أزواج لهن مطلقاً ـ ثيبات وأبكاراً ـ وذلك بتيسير

(١) المرجع السابق.
(٢) أي: ليقوموا بمهمة الإنكاح حسبة لله تعالى.
(٣) تكليفاً. «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/ ١٠ وما يليها).
(٤) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/ ١٠ وما يليها).

سبل تزويجهن من الأكفياء، وإعانتهن على ذلك؛ لأن من مصلحة المجتمع الحقيقية المعتبرة، أن يتم هذا «الإعفاف» تطهيراً للمجتمع من أسباب الفساد، ودواعيه[1]، وألا يدعوا أسباب هذا الفساد تستشري، ودواعي الفاحشة تشيع؛ لأن هذا منهي عنه بالنص القاطع، بل مهدد عليه بأشد العذاب في الدنيا والآخرة، في مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النور: ١٩] والنهي عن الشيء أمر بضده، وهو الإعفاء.

على أن هذا النص القرآني الذي تلونا مما يرجح ـ في نظرنا ـ أن يكون الخطاب في قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ موجهاً إلى المسلمين عامة، أو إلى أولي الأمر؛ لأنه مؤيد لقانون الإعفاف العام من جهة، وموجب للتكافل الاجتماعي الملزم، في تحقيق هذا الإعفاف واقعاً في الأمة، منعاً لشيوع الفاحشة فيها، من جهة أخرى، والقرآن الكريم كلٌّ متسق في معانيه، وأحكامه، ومقاصده.

ثانياً: أن الخطاب فيما تلونا ـ كما قد يقال ـ شامل بعمومه للولي العام، وللولي الخاص للمرأة من عصباتها، على سبيل الاشتراك والتسوية، لكن بقي إثبات أن الأرجح أو الأظهر هو توجه الخطاب إلى الولي الخاص، وهو ما يفتقر إلى الدليل، وإلّا كان الترجيح بلا مرجح، وحيث يعوز الدليل، فلا وجه للقول بأن الأظهر أن يكون الخطاب موجهاً إلى الولي الخاص؛ لأنه ـ كما أشرنا ـ ترجيح بلا مرجح، وهذا ضرب من التحكم في الاستدلال الذي لا يجوز المصير إليه بحال إجماعاً.

ثالثاً: على أن الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] لا يستقيم على أيٍّ من المذهبين المختلفين، إلّا بإجراء تأويل إمّا في لفظ «وأنكحوا» أو لفظ «الأيامى»، فإذا حُمل أحد اللفظين على حقيقة معناه، فلا بد أن يُحمل

---

(١) وهذا يتسق وتوجيهات الرسول ﷺ في هذا الشأن، حيث يقول: **«إذا جاءكم من ترضون دينه، وخلقه، فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير»** [أخرجه الترمذي: ١٠٨٤، وابن ماجه: ١٩٦٧، من حديث أبي هريرة].

الآخر على التأويل؛ إذ حمل الكلمتين على حقيقتهما اللغويتين لا يتفق والمقررات الشرعية في نظام الزواج في الإسلام.

وبيان ذلك:

أن كلمة «وأنكحوا» إذا حملت على حقيقة معناها، وهو «تولي إنشاء عقد الزواج» وأريد بالثانية «الأيامى» حقيقة معناها أيضاً، ممن لا زوجة له من الذكور، كباراً أو صغاراً، أو من لا زوج لها من النساء، ثيبات وأبكاراً، صغاراً أو كباراً أيضاً، فإن المعنى يغدو على هذا التفسير أن الناس مأمورون أن يزوجوا «الأيامى» وفيهم الرجال الكبار العقلاء البالغون، في حين أن من المقرر شرعاً في نظام الزواج في الإسلام، أن لا ولاية لأحد عليهم، فكان هذا التنافي موجباً للتأويل، بحمل الأيامى على بعض أفرادها دون بعض، تنسيقاً بين معنى الآية الكريمة، من حيث ظاهرها، وبين مقررات الشرع في نظام النكاح.

وإذا أجرينا «التأويل» في كلمة «الأيامى» على النحو الذي بينا، بقيت كلمة «وأنكحوا» على حقيقة معناها اللغوي أي: «تَوَلَّوا» إنشاء عقد النكاح بالنسبة إلى الأيامى من النساء كباراً وصغاراً، وثيبات وأبكاراً، والصغار من الذكور غير البالغين، وهذا هو مذهب الجمهور، والأظهر أن الخطاب متجه إليهم.

وإما أن نجري «التأويل» في كلمة «وأنكحوا» بما هو أعم من معناها الحقيقي، وهو الإعانة على الزواج، وتيسير سبله، وبذل المساعدة لإتمامه، وهو معنى مجازي للكلمة؛ لأن المعنى الحقيقي «للإنكاح» هو تولي إنشاء عقد النكاح، كما أشرنا، وتبقى كلمة «الأيامى» على حقيقة معناها العام.

وتأسيساً على هذا التأويل الأخير، لا حجة للجمهور في هذه الآية؛ لأن معنى بذل العون والمساعدة لمن يرغبون في الزواج، وتحقيق مصالحهم، في الحال، أو المآل، أمر يرجح توجه الخطاب إلى المسلمين عامة، أو إلى أولي الأمر؛ لأنهم هم القادرون على تحقيق ما أسميناه «قانون الإعفاف العام» وقد يكون المجتمع أحوج ما يكون إلى تطبيقه، وتحقيقه، في كثير من الظروف والأحوال، فيصلح بالتالي مرجِّحاً.

على أن مما يرجح هذا التوجه أيضاً، سياق الآية الكريمة نفسها، ذلك السياق الذي يفيد الترغيب في النكاح الحلال، بعد النهي عن الزنى ودواعيه القريبة والبعيدة، من النظر وإبداء الزينة، ودخول البيوت بغير استئذان، وهذا يستدعي إبقاء الأيامى على معناها الحقيقي وهو العموم.

ومما يؤكد هذا التوجه أيضاً من السياق، قوله تعالى بعد ذلك: ﴿وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ﴾ [النور: ٣٢].

ومفاد هذا الخطاب الإلهي، وتوجهه إلى الناس كافة، وترجيح السياق لهذا التوجه، أن مؤداه: يسروا سبيل الزواج للنساء والرجال، إعفافاً لهم كافة، وسدًّا لذرائع الفساد والفاحشة، وينبغي ألا يقف عائقاً دون ذلك الفقر، فإن أمر المال سهل؛ لأن الفقر والغنى بيد الله ﴿إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغۡنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضۡلِهِۦۗ﴾ [النور: ٣٢].

وعلى هذا، فلا حجة للجمهور في هذه الآية على مدعاهم بعد ما تبيَّن الدليل المرجح لتوجه الخطاب إلى المسلمين عامة، أو إلى أولي الأمر دون أولياء المرأة من العصبات[(١)]، وهذا الذي رجحه الإمام ابن رشد في كتابه «بداية المجتهد»[(٢)]، على ما سيأتي تفصيله في تفسيره لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤۡمِنُواْۚ﴾ [البقرة: ٢٢١].

رابعاً: أن استدلال الجمهور بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤۡمِنُواْۚ﴾ على وجوب اشتراط الولاية في عقد الزواج، لا يستقيم، من قِبَلِ أن منطوق الآية الكريمة جاء بالنهي الذي موجبه التحريم والمنع، إذ لا صارف عن موجَبِهِ الأصلي هذا، ولا ريب أن المنع والتحريم بالشرع، وهذا يوجب أن يستوي فيه الأولياء وغيرهم، فانتفى بذلك أن يكون في هذه الآية مستند للجمهور في التدليل على مدعاهم، فضلاً عن أن ينتهض منها ما يرجح أن يكون الخطاب موجهاً إلى أولياء النساء خاصة، فلا يكون لهم بالتالي سبيل، أو حق من الولاية على من يلونهم من

---

(١) راجع في هذا المعنى: «نظام الأسرة في الإسلام» ص٢٦١ ـ ٢٦٢، الهامش، ط دار النهضة العلمية للطباعة والنشر ـ بيروت، الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ ـ ١٩٧٧م.

(٢) «بداية المجتهد»: (٢/ ١٠).

النساء في عقود زواجهن، ومن ثم لا وجه لاشتراط الولي الخاص للمرأة في صحة عقد زواجها.

خامساً: على أن الأظهر والأحرى ـ كما يقول ابن رشد ـ أن يكون الخطاب موجَّهاً إلى جميع المسلمين، أو إلى أولي الأمر فيهم، من أن يكون موجهاً إلى أولياء النساء خاصة، حيث يقول ما نصه: «وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ۚ﴾ [البقرة: ٢٢١] هو أن يكون خطاباً لأولي الأمر من المسلمين، أو لجميع المسلمين، أحرى منه أن يكون خطاباً للأولياء»[١].

سادساً: على افتراض أن الخطاب في الآية الكريمة: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ۚ﴾ موجه إلى الأولياء خاصة، أو التسليم جدلاً بذلك، فإنه يلزم عنه «محظور» ذلك لأنَّ نص الآية الكريمة جاء «مجملاً» غير مفصل، ومن المقرر أصوليًّا أنه لا يصح العمل بالمجمل قبل البيان، فالشارع لم يبين فيه أصناف الأولياء، ولا صفاتهم، ولا مراتبهم[٢]، والبيان ـ كما هو معلوم ـ لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة، لا سيما ما نحن بصدد البحث فيه، من مثل حكم الولاية في عقد الزواج؛ لأنه أمر تعم به البلوى، ويكثر وقوعه، وفي هذا ـ ولا ريب ـ دلالة على أن الخطاب ليس موجهاً إلى الأولياء خاصة على الأظهر، رفعاً لذلك المحظور، وتفادياً للوقوع فيه.

سابعاً: على أن الآية الكريمة لا علاقة لها بحكم الولاية في عقد الزواج أصلاً، إذ الموضوعان مختلفان؛ لأن موضوع الآية الكريمة ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ۚ﴾ هو تحريم إنكاح المشركين، وتحريم نكاح المشركات أيضاً: ﴿وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْۗ﴾ [البقرة: ٢٢١]. ولا مراء أن هذا من اختصاص أولياء الأمور تكليفاً، وبالنظم الآمرة، لتحقيق مقتضاه في المجتمع، بسلطان الدولة.

---

(١) «بداية المجتهد»: (٢/ ١٠).

(٢) المرجع السابق.

ثامناً: ويتجه على الجمهور أيضاً، أنه لو كان في اشتراط الولاية الخاصة لصحة عقد الزواج «شرع معروف» لنقل إلينا توتراً، أو ما هو قريب من التواتر؛ لأنه ـ كما أشرنا ـ يتعلق بأمر تعم به البلوى، ويكثر وقوعه، وما كان كذلك يكثر النقل فيه عادة، لشدة الحاجة إلى تبين حكمه، لكنه لم ينقل إلينا تواتراً، ولا قريباً منه، من حديث مشهور مستفيض، فدل ذلك على أن الولاية الخاصة في عقد الزواج ليس فيها شرع معروف[1]، وهو استدلال للحنفية مبني على أصل عندهم في مدى الاحتجاج بالحديث الآحادي فيما تعم به البلوى، ويكثر وقوعه.

تاسعاً: أما استدلال الجمهور بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم﴾ [البقرة: ٢٣٢] ـ على النحو الذي أسلفنا ـ فيوهنه أن مَنْعَ المرأة من نكاح من ترضى به وتختاره، ويرضى هو بها، وكان كفؤاً ـ وهو ما يسمى بالعضل ـ ذو صور متعددة، ولا يفهم منه بأي دلالة من دلالة العبارة أو دلالة الإشارة أو غيرهما أن «ولاية التزويج شرط في صحة العقد»[2] أو أن «الإذن» بالتزويج من قبل الولي الخاص ـ دون مباشرته ـ شرط لصحته، بل كل ما يفيده هو تحريم «المنع» الذي قد يكون «منعاً حسيًّا» ـ ولو باستعمال القوة ـ من الإقدام عليه ابتداء، لا رفضاً، أو نهياً يتصل بمقتضى شرط صحة العقد، لا من جهة المنطوق، ولا من ظاهر النص!

وعلى هذا، فلا صلة لهذا «النهي» في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾.. [البقرة: ٢٣٢] بموضوع حكم الولاية في عقد الزواج أصلاً.

على أنه ليس ببعيد أن يُفهم من قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] نقيض ما ذهب إليه الجمهور، وهو لا «حق» للأولياء في الولاية على عقد زواج مولياتهم، فيكون النهي هنا مناهضة تشريعية حاسمة، لما كان سائداً من «العرف» الجاهلي الذي كان يخول الأولياء العصبات سلطة التحكم في زواج مولياتهم

(١) المرجع السابق.

(٢) «بداية المجتهد»: (٢/ ١٠).

ومصيرهن، بحيث يحول الولي بين المرأة وبين الزواج ممن ترضاه وتختاره، ولو كان كفؤاً، يحول بينهما وفق رغبته، وهواه، والعرف يؤيده، دون أن يكون لذلك سبب معقول غير الأنفة، والكِبر، وأخذ العزة بالإثم، وقد يجبرها على الزواج ممن تكرهه، لمصلحة عائدة إليه هو، لا إلى موليته على التحقيق، فاقتلع الإسلام هذا «العرف الجائر» من جذوره بهذا التشريع العام الملزم الذي يتوجه الخطاب فيه إلى المسلمين عامة، بالنهي أن يكون بينهم «عضل» أو «منع» للنساء أن يتزوجن ممن يرغبن في التزوج منه من الرجال، ويرشح هذا المعنى إسناد النكاح إليهن، لا إلى خصوص أوليائهن في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم﴾ والأصل في الإسناد ـ كما أشرنا ـ أن يكون إلى الفاعل الحقيقي، وبذلك استأصل الإسلام بهذا التشريع العام الملزم ـ كما أشرنا ـ ما كان «مألوفاً» في الجاهلية، أو عرفاً مهيمناً سائداً فيما بينهم، من تحكم الأولياء في مولياتهم، والحجر عليهن في أن يباشرن عقد زواجهن بأنفسهن ممن يرضونه ويخترنه من الأكفياء، ويستخلص من هذا أمران:

الأول: أن للمرأة حقًّا ثابتاً شرعاً في أن تلي عقد زواجها بنفسها، تمارسه بمقتضى أهليتها الكاملة الثابتة لها، وبمقتضى خطابات التكاليف العامة أيضاً، إنْ في العبادات، أو المعاملات، وليست «الأنوثة» مما ينقص هذه الأهلية شرعاً، بدليل إسناد النكاح إليها ﴿أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾.

وإذا ثبت لها ظاهراً هذا الحق كملاً، كان لها أن تأذن به، أو توكل فيه.

الثاني: أن «المنع» من التزويج تعنتاً ـ وهو ما يسمى «العضل» ـ يتنافى وقانون «الإعفاف العام» الذي أرساه قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] وبدليل أن القرآن الكريم قد أكد جعله عامًّا، حيث أوجب أن يشمل بعمومه حتى «العبيد والإماء» على السواء، إذ يقول سبحانه: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

وتفسير ذلك، أن «الإعفاف» ـ بما هو أصل خلقي وديني عام، من شأنه أن يطهر

المجتمع من أسباب الفساد، ودواعي الفاحشة ـ لا يتسق وطبيعة هذا الأصل، أن يكون مقصوراً على «الحرائر» وحسب، فكان هذا مرشِّحاً أن يكون الخطاب في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ موجهاً إلى المسلمين كافة، ينهاهم جميعاً عن أن يكون فيما بينهم عَضْل لنسائهم، وحجر عليهن، أن يتزوجن ممن يخترن من الرجال.

غير أنه يَرِد على هذا النظر، ويعكر عليه أمران:

الأول: ما أثاره المفسرون من احتمالات في تفسير هذه الآية الكريمة التي تلونا، من ذلك: الاحتمال الذي أثاره الفخر الرازي في «تفسيره»، من أن الخطاب في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] موجه إلى «الأزواج» لا إلى المسلمين عامة، ولا إلى خصوص الأولياء، وعززوا رأيهم بأن هذا يقع كثيراً في الحياة العملية، وذلك بأن يطلقها زوجها، ثم يحجر عليها الزواج من غيره، بما تأخذه العزة بالإثم، والأنفة، والكبر، وقد يكون له من النفوذ والجاه ما يُقْدِرُهُ على هذا «المنع» وعلى أن يحول دون أن ترفع أمرها إلى القضاء لينصفها، فتبقى هكذا، متروكة كالمعلقة، لا هي ذات زوج، ولا مطلقة تطليقاً حاسماً يسمح لها بالتزوج فعلاً من حيث المعنى والأثر الواقع.

هذا، والإمام الفخر الرازي يدعم هذا الاحتمال بسياق الآية الكريمة نفسها، وبيان ذلك: أن الخطاب الإلهي بدءاً من صدر الآية الكريمة، موجه إلى خصوص الأزواج، بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم﴾ [البقرة: ٢٣٢] ومن البيِّن أن ما في حيز الشرط خطاب للأزواج؛ لأن الطلاق لا يتأتى من غيرهم شرعاً، فوجب أن يكون ما في حيز جواب الشرط خطاباً للأزواج أيضاً، أي: أن يستمر توجه الخطاب إليهم، حتى نهاية الآية الكريمة، في الشرط والجزاء على السواء؛ لأنها جملة واحدة مركبة من شرط وجزاء. أما أن يكون الخطاب موجهاً إلى الأزواج في صدر الآية، وموجهاً إلى الأولياء في شطرها الآخر، فذلك تفكيك للنظم تسمو عنه بلاغة القرآن الكريم، وأسلوب بيانه المعجز، فلا بد أن يسلكها وحدة الخطاب فيما بين الشرط والجزاء.

هذا، ولا يرد على هذا النظر من أن الخطاب للأزواج من أول الآية، وحتى منتهاها، شرطاً وجزاء، لا يرد على هذا النظر القول بأنه من الجائز لغة ألا يكون الفاعل في الشرط والجزاء واحداً، أي: لا يشترط وحدة الفاعل فيهما؛ لأنا نقول: إن هذا الجواز في التعدد مشروط أيضاً بألا يكون «الفاعل» في الشرط والجزاء ضميرين من جنس واحد، حتى إذا جاءا ضميرين من جنس واحد ـ على ما هو الحال في الآية الكريمة ـ فقد انخرم شرط جواز تعدد الفاعل، فوجب حينئذ أن يكون الفاعل واحداً، في الشرط والجزاء، وهو هنا «الأزواج» لا خصوص الأولياء، ولا المسلمون عامة؛ لأن تعدد الفاعل في الشرط والجزاء لم يتحقق شرطه، وهذا نقد علمي وارد على مذهب الجمهور الذين رأوا الخطاب موجهاً إلى الأولياء خاصة، وهو مما يوقع في الإشكال بين هذه الآية، وبين غيرها من الآيات التي استدل بها الجمهور.

الثاني: غير أن الإشكال الذي أورده الإمام فخر الدين الرازي في «تفسيره»، من أن الخطاب موجه إلى «الأزواج» بَدْءاً ونهاية، أي: في الشرط والجزاء، يعكر عليه «سبب النزول» الذي يلقي ضوءاً على المعنى المراد من الآية الكريمة، كما قدمنا، فقد روى البخاري، وأبو داود، والترمذي، وصححه، عن معقل بن يسار[1]، قال: «**زوجت أختاً لي، فطلقها زوجها، حتى إذا انقضت عدتها، جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك، وأفرشتك، وأكرمتك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله! لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت تريد أن ترجع إليه، فعلم الله حاجته إليها، وحاجتها إليه، فأنزل هذه الآية الكريمة: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ . . .﴾ [البقرة: ٢٣١] فقلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال: فزوِّجها إياه**»[2].

وهكذا ترى أن سبب النزول يشير إلى أن الخطاب موجه إلى الأولياء؛ لأن معقل بن يسار ولي شرعي لأخته، وقد منعها من أن تعود إلى زوجها.

---

(١) وهو وليها الشرعي لأنه أخوها.

(٢) البخاري: ٥١٣٠، وأبو داود: ٢٠٨٧، والترمذي بإثر: ٢٩٨١. وانظر «أسباب النزول»، للسيوطي ص٤٦.

وعلى هذا، فالأدلة والقرائن متعارضة، فوقع الإشكال بين سبب النزول، وأسلوب الآية الكريمة، ومعلوم أنه لا يجمع بين الأدلة إلّا «التأويل» الذي يرفع هذا الإشكال في الأسلوب، لينسق بين المعاني ـ وهو إشكال ظاهري ـ كما ترفع التعارض البادي أيضاً ـ وذلك بأن يجعل الخطاب عامًّا إلى المسلمين جميعاً، بما يشمل الأزواج، والأولياء، وولاة الأمور، وغيرهم، وهو تأويل له ما يوجبه، وله ما يسوغه أيضاً.

أ ـ أما ما يوجبه، فهو الإشكال في الأسلوب، على ما بينا، والإشكال لا بد من رفعه بالأدلة؛ لأنه إشكال ظاهري لا حقيقي، ولا يرتفع إلّا بالتأويل المعتمد على الدليل من المشرع نفسه.

وأيضاً، إن ما يوجب التأويل هذا التعارض الظاهري بين الأدلة التي تسند النكاح إلى أولي الأولياء تارة، وإلى النساء أخرى، وإلى عامة المسلمين، فلا بد من «التأويل» جمعاً بين هذه الأدلة ومقتضياتها.

ب ـ وأما ما يسوغه، فهو الأدلة مما نصبه الشارع نفسه، والتي منها ما ينهض بالإعفاف العام الذي أرساه القرآن الكريم بالآيات الكريمة التي يتجه الخطاب فيها إلى المسلمين عامة، أو إلى أولياء الأمر في الأمة خاصة كما أسفنا؛ إذ بيدهم مقاليد الأمور، فكانوا بذلك أقدر على تحقيقه، وتنفيذ مضمونه، وذلك بألا يكون «عضل» للنساء فيما بينهم.

هذا، ويسوغه أيضاً الأدلة الناهضة بكمال «أهلية المرأة» وأن «الأنوثة» لم تعهد في الشرع علة أو عاملاً في نقض أهليتها، بدليل توجه «الخطابات الإلهية العامة إليها» بالتكليف العام كالرجال، إنْ في العبادات، أو المعاملات المالية وغيرها، أو السلوك الشخصي العام، دون استثناء، فضلاً عن وحدة المسؤولية والجزاء، فكان ذلك مسوغاً لوجوب التأويل، جمعاً بين الأدلة.

ومما يؤيد هذا النظر أيضاً، ويرد نقداً على الجمهور، أنه لم يثبت أن النبي ﷺ كان يتولى إنشاء عقد نكاح مَنْ لا ولي له، واقعاً وعملاً ـ في المدينة ـ وهم كُثر أو

ينصِّب من يتولى ذلك نيابة عنه ﷺ، ولو كان هذا واجباً أو شرطاً في صحة العقد شرعاً ـ كما يقول ابن رشد ـ لما توانى الرسول ﷺ عن النهوض به، أصالة، أو استنابة، تنفيذاً لحكم الشرع[١]! لكنه لم يفعل!

هذا، ولا يحتج على هذا النظر بسبب النزول؛ إذ جاء به ـ كما علمت ـ «خبر آحادي» لا يقوى على القضاء على وحدة النظم القرآني من جهة، ولا على وحدة المعنى المتسق الذي نهضت به الأدلة المعتبرة، بعد الجمع بينها تأويلاً، استخلاصاً لمراد الشارع منها، على ما سيأتي تفصيلاً في مناقشة الجمهور فيما استدل به من السنة والمعقول.

ب ـ مناقشة ما استدل به الجمهور من السنة:

أولاً: يتجه على الجمهور في استدلالهم بحديث: «**لا نكاح إلّا بولي**»[٢] أنه مختلف في وصله وإرساله[٣]، ومعلوم أن الحديث المرسل مختلف في الاحتجاج به، أو في شروط هذا الاحتجاج، ولا سيما في مذهب الإمام الشافعي ـ وهو من الجمهور ـ غير أن الإمام الشوكاني قد أشار إلى أن ابن حبان والحاكم قد صححاه، بل قد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ وسرد تمام ثلاثين صحابيًّا[٤].

هذا، وحكى عن بعض النقلة، أن ثلاثة أحاديث لم تصح عن رسول الله ﷺ، وعدَّ من جملتها حديث: «**لا نكاح إلّا بولي**» ولهذا لم يخرج في «الصحيحين»[٥].

ووجه استدلال الجمهور بحديث: «**لا نكاح إلّا بولي، وشاهدي عدل**» قد فصلناه سابقاً، ومؤداه بإيجاز: أن النفي في قوله ﷺ: «**لا نكاح**» يتوجه إلى «الذات

---

(١) «بداية المجتهد»: (٢/ ١٠).

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٠٨٥، والترمذي: ١١٠١، وابن ماجه: ١٨٨١، وأحمد: ١٩٥١٨، من حديث أبي موسى، وهو صحيح. وانظر: «نيل الأوطار» للشوكاني: (٦/ ١١٨).

(٣) «نيل الأوطار» للشوكاني: (٦/ ١١٨).

(٤) الحديث مروي عن أبي موسى، عن النبي ﷺ وأخرجه أيضاً ـ كما جاء في «نيل الأوطار»، وذكر له الحاكم طرقاً، قال: «وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ: عائشة، وأم سلمة، وزينب بنت جحش، وسرد تمام ثلاثين صحابيًّا، وقد اختلف في وصله، وإرساله».

(٥) المرجع السابق، وراجع «البدائع»: (٢/ ٢٤٨ ـ ٢٤٩).

الشرعية»[١] التي هي الإيجاب والقبول (العقد)، ونفي الذات الشرعية يعني انتفاء الوجود الشرعي للتصرف، فيبقى الوجود الحسي (صورة العقد) وهذا لا قيمة له، ولا اعتبار؛ إذ قيمة العقد ـ في نظر الشارع ـ مشروعيته التي تنهض بها أركانه وشروطه، وقد انتفت بسبب انتفاء شرط منها، وهو مباشرة الولي، فكان معدوماً شرعاً، والمعدوم شرعاً كالمعدوم حسًّا، وهذا هو البطلان، وهو ما أكده حديث عائشة رضي الله عنها: **«أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، باطل، باطل»**[٢] هذا إذا انصبَّ النفي على الذات الشرعية للتصرف[٣].

أما إذا اعتبرنا «النفي» منصبًّا على وصف «الصحة» لا على «الذات» كان العقد «فاسداً» وأنت تعلم أن الفاسد في عقد الزواج خاصة يرادف البطلان[٤] على الصحيح، لمكان معنى التعبد فيه، فلا أثر له قبل الدخول، ولكن يترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح، إذا تم الدخول عند بعض الفقهاء، لاعتبارات تتعلق بحق الحمل، وحق المرأة، وحق النسب، وليس هنا مجال بحثها.

هذا، وإذا كان الأصل أن الحديث الذي يتعارض فيه الوصل والإرسال، يقدم الوصل، فيصح الاحتجاج حينئذ بحديث: «**لا نكاح إلّا بولي**» فيرد على الجمهور في احتجاجهم هذا، أنه مع التسليم بمقتضى هذا الأصل، غير أن هذا الحديث لا يرقى إلّا إلى مرتبة «الحَسَن» نتيجة لهذا التعارض بين الوصل والإرسال، وهو لا يقوى ـ في نظر الحنفية ـ على معارضة الحديث الصحيح، بل المتفق على صحته[٥]: **«الثيب أحق بنفسها من وليها»**[٦].

---

(١) «البدائع»: (٢/٢٤٨ ـ ٢٤٩).

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٠٨٣، والترمذي: ١١٠٢، وابن حبان: ١٨٧٩، وأحمد: ٢٤٢٠٥، وهو صحيح.

(٣) «بداية المجتهد»: (٢/٨ وما يليها). (٤) المرجع السابق.

(٥) راجع: «نيل الأوطار» للشوكاني: (٦/١١٨)، حيث أفرد باباً خاصًّا لحديث: **«لا نكاح إلّا بولي»** وبسط القول فيه، من حيث الإسناد والمضمون، طبع المطبعة العثمانية، الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ.
وراجع: «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/٨ ـ ١٠ وما يليها).

(٦) أخرجه مسلم: ٣٤٧٧، وأحمد: ١٨٩٧، من حديث ابن عباس. وانظر المرجع السابق، حيث يقول ابن رشد: «وأما السنة، فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته».

ويرد على الجمهور أيضاً، أن عائشة التي روت حديث «**لا نكاح إلّا بولي**» قد فعلت هي نفسها بخلاف مقتضاه، حيث زوجت ابنة أخيها (حفصة) وهو غائب في الشام[١]، وإذا تعارض فعل الراوي مع روايته ـ كما يقول الحنفية ـ قدّم فعله، وهذا أصل مقرر عندهم؛ لأنه ـ في نظرهم ـ يعتبر عدولاً من الراوي عن روايته، فيوهن من الاحتجاج به.

ولأن عائشة نفسها لم تر في ذلك أمراً باطلاً.

هذا، ومما يدل على أن هذا النكاح صحيح، أن أخاها عبد الرحمن حين حضر من الشام، أنفذه وأمضاه، فكان صحيحاً موقوفاً على إذنه، قبل حضوره، والعقد الموقوف صحيح في أصله، غير أنه ليس نافذاً.

وأما احتجاج الجمهور بحديث: «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل**»[٢] فيرد عليهم أن الزهري الذي رواه قد أنكره فلم يعرفه[٣] فضلاً عن أنه أُعِلَّ بالإرسال[٤].

والظاهر ـ أن ابن رشد ـ قد استند إلى أصل مقرر في هذا الشأن، مفاده: أن كل حديث مختلف في صحته، لا يجب العمل به، يقول ابن رشد في هذا المعنى ما نصه: «والأظهر، أن ما لا يتفق على صحته، أنه ليس يجب العمل به»[٥].

هذا، ويتجه على الجمهور أن المفهوم المخالف للحديث «**أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل..**» أنها لو نكحت نفسها بإذن وليها، فنكاحها صحيح نافذ، والجمهور ـ كما هو معلوم ـ يقول بحجية مفهوم المخالفة.

---

(١) أورده محمد بن الحسن في «الحجة»: (٣/ ١١٠)، والطحاوي في «شرح معاني الأثار»: (٣/ ٨).

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٠٨٣، والترمذي: ١١٠٢، وابن ماجه: ١٨٧٩، وأحمد: ٢٤٢٠٥، من حديث عائشة، وهو صحيح.

(٣) «المحلى» لابن حزم: (١١/ ٢٤)، و«بداية المجتهد»: (٢/ ٨ وما يليها).

(٤) «نيل الأوطار»: (٦/ ١١٨ وما يليها)، والحديث المرسل قد اختلف في الاحتجاج به، وما كان كذلك، لا يجب العمل به.

(٥) «البداية» لابن رشد: (٢/ ١٠).

وعلى هذا، فلا دلالة في الحديث ـ بمقتضى مفهوم المخالفة ـ على أن شرط صحة النكاح، مباشرة الولي نفسه لصيغة عقد زواج موليته، بل يكتفى بإذنه فقط، على ما يدل عليه مفهومه المخالف، وهو حجة!

ومفاد هذا، أن المرأة البالغة العاقلة الراشدة، إذا باشرت عقد زواجها بنفسها، كان عقدها صحيحاً، ولكنه موقوف على إذن وليها، فإن أجازه نفذ مستنداً إلى وقت إبرامه، كما هو الشأن في كل عقد موقوف، وإنْ لم يجزه، بطل، ومعنى هذا أنه لا بد أن يرضى بالعقد كل من المرأة والولي، فالأمر مشترك، حتى إذا رضيا به، فسواء بعد ذلك أن يتولى صيغة العقد بنفسه، أم تتولاه المرأة بنفسها، فهذا أمر وراء ذلك، وهو رأي الإمام محمد من الحنفية؛ لأن المدار على تراضيهما كليهما، فالأمر شورى بينهما.

على أن الزهري الذي روى هذا الحديث، قد أفتى حين سئل عن الرجل الذي يتزوج بغير ولي (أي: يعقد بغير ولي المرأة) فقال: «إن كان كفؤاً لها، لم يفرِّق بينهما»[1] بمعنى أن العقد صحيح نافذ بدون ولي المرأة، فالولي ليس شرطاً في صحة العقد في رأي الزهري، مع أنه من رواة حديث «**أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل..**»[2].

على أن ابن رشد، قد استخلص هذا المعنى بالنسبة إلى كل امرأة، حيث يقول ما نصه:

«إن سلمنا بصحة هذا الحديث[3]، فليس فيه إلا اشتراط إذن الولي، وأنه عام في كل امرأة، أعني المولَّى عليها، وإن سلمنا لمن لها ولي، «**أيما امرأة..**» فليس فيه أن المرأة لا تعقد على نفسها، أعني أن لا تكون هي التي تلي العقد، بل الأظهر منه أنه إذا أذن الولي لها جاز أن تعقد على نفسها، دون أن تشترط في صحة النكاح إشهاد (إحضار) الولي معها»[4].

---

(١) «المحلى» لابن حزم: (١١/ ٢٥).

(٢) «بداية المجتهد»: (٢/ ١٠)، و«نيل الأوطار»: (٦/ ١١٨ وما يليها).

(٣) حديث: «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل..**».

(٤) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/ ١٠)، و«البدائع»: (٢/ ٢٤٨ـ٢٤٩)، و«تفسير الجصاص»: (٢/ ١٠٣).

ثانياً ـ أما استدلالهم بحديث: **«لا تزوج المرأة المرأة، ولا المرأة نفسها، والزانية هي التي تزوج نفسها»**[١] وفي لفظ آخر للدارقطني[٢]: «كنّا نقول: التي تزوج نفسها هي الزانية» فإن مما يتجه على الجمهور في استدلالهم بهذا الحديث، أنه استدلال ضعيف، يوهنه أن عبارة «أن الزانية هي التي تزوج نفسها» من كلام أبي هريرة الذي رواه، وليست من كلام الرسول ﷺ وإنما زادها من عنده، بغية إظهار شدة الاستقباح على مخالفة العرف الصحيح السائد، وتنفيراً للمرأة نفسها أن تستبد بعقد زواجها، دون إذن وليها، واستطلاع رأيه في أمر زواجها، على ما هو المتعارف، فضلاً عن أن استقلالها في ذلك، واستبدادها به، مما ينسبها إلى الوقاحة عادة، أو التجرد عن فطرة الحياء أو الخَفَر الذي فطرت عليه المرأة، فالعرف السائد هو مصدر هذا الاستقباح، لا الشرع، بدليل رواية الحديث بلفظ آخر عن الدارقطني: «كنا نقول...» فهو عرف قولي لا شرع سماوي، ومخالفة العرف تستوجب الكراهة لا البطلان.

هذا، وعلى فرض أن هذه العبارة مرفوعة إلى الرسول ﷺ فإنما تدل على «استقباح» أن تستبد المرأة بمباشرة عقد زواجها بنفسها، وهو أدب من الآداب الإسلامية، بل قد وردت آثار كثيرة من الصحابة بهذا المعنى.

وأيضاً، مما يدل على عدم اتساق معنى هذا الحديث، أن التي تباشر عقد زواجها بنفسها لا تعد زانية بالإجماع! بل العقد يغدو فاسداً، لا باطلاً، وفساد العقد يستوجب التفريق، قبل الحمل أو الولادة، كما هو معروف، ولا أثر له كالباطل، وأما بعد الدخول، فيستوجب المهر والعدة[٣].

وخلاصة ما يفيده الحديث، هو استقباح أن تخرج المرأة على العرف السائد الصحيح، وتنفيرها من أن تغشى مجالس الرجال، حياءً، وخفراً، مما تقتضيه فطرة أنوثتها، وكراهة أن تستبد بعقد زواجها، دون إذن وليها، وليس فيه ما يدل على بطلان

---

(١) أخرجه ابن ماجه: ١٨٨٢، من حديث أبي هريرة. وانظر: «نيل الأوطار»: (١١٨/٦ وما يليها).

(٢) (٣/٢٢٧).

(٣) المراجع السابقة.

نكاحها فيما لو باشرته بنفسها، وبإذن وليها، أو رضيت به وباشره وليها، لحصول تراضيهما، فيصح.

ج ـ مناقشة أدلة الجمهور من المعقول:

أما أدلة الجمهور من المعقول، فيتجه عليهم فيها، أن عقد الزواج قد شرعه الإسلام سبيلاً إلى تحقيق المصالح الاجتماعية والإنسانية، فضلاً عن أن فيه تلبية لنداء الفطرة، وهو أمثل طريق لبقاء النوع، بما يتفق وكرامة الإنسان؛ إذ به تُحفظ الأنساب، حتى لا ينقطع تعهد الآباء بالأبناء، والأسرة الكريمة هي التي يترعرع فيها القادة، والزعماء، والمفكرون، والساسة، والمصلحون، فليس شيء من الضرر بالذي يلحق أحداً من الزوجين، وإنما فيه التزامات، وشروط، من شأنها أن تؤمن الوصول إلى تحقيق أغراضها، والحكمة من تشريعه، ومن ذلك رضا المرأة، ورضا وليها، باعتبار أن عقد الزواج ليس مجرد عقد بين فردين، بل الأسرة التي تنشأ عنه ممتدة، لا قاصرة؛ لأنه يدخل في أسرة الزوجة رجل غريب عنها، هو صهر لها، فلا بد أن يكون للولي رأي فيه، حتى يتم الانسجام والتآلف بين أفراد الأسرتين جميعاً، وتظفر الأسرة الجديدة الناشئة بالنجاح في استمرارها، وقطف جني ثمراتها، وتلك مصلحة اجتماعية تقع في اعتبار الشارع موقع التقدير!

ثانياً : أدلة الحنفية، ومناقشتها:

قدمنا آنفاً، أن الحنفية بوجه عام قد أثبتوا للمرأة البالغة العاقلة «الحق» في أن تتولى عقد زواجها بنفسها أصالة، وأن تتولى أيضاً عقد زواج غيرها، وكالة، بموجب أهليتها الكاملة.

غير أنه يشترط ـ إذا كان لها ولي عاصب على قيد الحياة ـ أن يكون الزوج كفؤاً، وأن يكون مهرها مهر المثل؛ لأن «كفاءة» الزوج من حق الولي، وحق المرأة على السواء، حتى إذا نزلت هي عن حقها، بقي حق الولي، وذلك تفادياً من دخول رجل في الأسرة ليس كفؤاً لها.

وعلى هذا، فإذا عقدت نكاحها بنفسها، مستبدة به، فالعقد صحيح، ونافذ، ولكنه غير لازم؛ إذ للولي أن يعترض على هذا الزواج، وأن يطلب من القضاء فسخه، لعدم توفر كفاءة الزوج، شريطة ألا تكون الزوجة قد حملت، أو وضعت حملها، فيسقط حقه عندئذ، حفاظاً على حق الولد، وهو أقوى من حق الولي في الكفاءة، غير أنه يستحب للمرأة أن تأخذ رأي وليها ابتداء فيمن اختارته لها زوجاً.

أما إذا لم يكن لها ولي، وزوجت نفسها على استقلال، متفردة به، فالعقد صحيح، نافذ، ولازم، ولو كان الزوج غير كفء؛ لأنها نزلت عن حقها في الكفاءة باختيارها، ومن ملك حقًّا جاز له أن ينزل عنه برضاه، والفرض أنْ ليس لها من ولي يطالب بحقه في هذه الكفاءة، فيسقط.

هذا، والضرر الذي كان متوقعاً أن يلحق الولي، لا يتصور ـ في هذه الحال ـ وقوعه، لموته، أو عدم وجوده[1]!

على أن الفتوى والعمل في المذهب الحنفي برواية الحسن عن أبي حنيفة، ومفادها: أن المرأة البالغة العاقلة، إذا زوجت نفسها، وكان لها ولي لم يأذن به، أن «العقد فاسد» يستوجب الفسخ، وليس «موقوفاً» على إذن الولي، بل لو أذن به الولي بعد أن أبرمته المرأة بنفسها، لا ينقلب صحيحاً لأن العقد الفاسد لا تلحقه الإجازة، بل يجب فسخه، بمقتضى النظام الشرعي العام[2]، ليحول دون استبداد المرأة بعقد الزواج.

هذه هي رواية الحسن عن أبي حنيفة، والمعمول بها، والتي عليها الفتوى، غير أنا أشرنا إلى أن الإمام محمداً ذهب إلى أن هذا العقد «موقوف» لا فاسد، حتى إذا أذن الولي وأجاز ـ ولو إجازة لاحقة بعد إبرام المرأة العقد ـ كان صحيحاً نافذاً

---

(١) «البحر الرائق»: (٣/ ١٣٩)، و«الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية» للأستاذ زكي الدين شعبان ص٢٠٦، طبع النهضة العربية ١٩٦٧م.

(٢) «البحر الرائق»: (٣/ ١٣٩)، و«المبسوط»: (٥/ ١٢)، و«الأحكام الشرعية» زكي الدين شعبان ص٢٧٠.

ولازماً، فالولاية في عقد الزواج في اجتهاده «ولاية شركة» لا بد فيها من رضى المرأة، ورضى الولي معاً، فلا يستقل أحدهما بإبرام العقد، دون إذن الآخر، حتى إذا تراضيا على الزواج، فليتول إنشاء العقد حينئذ من يتولاه[1].

وعلى هذا، فإن للمرأة حقها في إبرام عقد زواجها، ورضاها به، غير أن هذا الحق مشروط بشروط، حفاظاً على حق الأولياء، وضماناً لاستقامة أمر الأسرة، واستمرارها، فالجانب الاجتماعي ـ كما ترى ـ مرعي في هذا العقد الخطير الشأن.

ونورد فيما يلي أدلتهم، ومناقشة هذه الأدلة أصوليًا، بحثاً عن الحقيقة، وتجلية لها.

استدل الحنفية على مذهبهم بالكتاب والسنة، والمعقول.

أ ـ أدلة الحنفية من الكتاب:

أ ـ أمّا القرآن الكريم، فقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] هذا في المطلقة ثلاثاً إذا أرادت العودة إلى زوجها الأول.

ووجه الاستدلال، أن القرآن الكريم قد أسند النكاح إلى المرأة ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ والأصل في الإسناد، أن يكون للفاعل الحقيقي، وهو هنا المرأة المسند إليها، فدل هذا على أن للمرأة الحق أن تتولى عقد النكاح، وأن ذلك جائز؛ لأنه جُعل غاية للحرمة، ورافعاً لها، ولو لم يكن ذلك جائزاً، لما كان له هذا الأثر في إنهاء الحرمة ورفعها.

ب ـ وبقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

ووجه الاستدلال، أن «التراجع» هنا بمعنى «التناكح» وقد أضافه إليهما، والأصل في الإضافة أن تكون إلى الفاعل الحقيقي ـ كما ذكرنا ـ وهو هنا الزوج وزوجته، فدل ذلك على أن النكاح يجوز أن تتولى إنشاءه وعقده المرأة، كالرجل، سواء بسواء؛ لأن

---

(١) «فتح القدير» للكمال: (٢/ ٤١٢).

الآية الكريمة ـ كما ذكرنا ـ قد أضافته إليهما، فيجوز أن يقوما بإبرامه، بل أسند القرآن الكريم فعل النكاح إليهن على الخصوص، من مثل:

قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٤].

وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

هذه الآيات الكريمة ـ كما ترى ـ قد أسندت النكاح إلى المرأة نفسها، دون وليها، بل إن آية «العضل» ـ وهو المنع من تزويج المرأة ـ قد نهت الأولياء عن أن يمنعوا المولى عليهن من أن يتزوجن بمن يخترن من الرجال، ويتراضين فيما بينهم.

على أن آية «العضل» تحتمل أن لا يكون للأولياء سلطة أو ولاية أصلاً على النساء في أمر زواجهن، مناهضة لما كان عليه الأمر في الجاهلية، من استبداد الأولياء، وتحكمهم في شأن النساء اللاتي كن يخضعن لولايتهم[1]، كما أسلفنا.

مناقضة أدلة الحنفية من القرآن الكريم:

يَرِد على الحنفية في استدلالهم بالآيات الكريمة التي يفيد ظاهرها إسناد النكاح إلى النساء، أن آيات أخرى قد أسندت النكاح أيضاً إلى الأولياء، ولا دليل يرجح أحدهما على الآخر.

هذا، وأن المقصد الشرعي من الآية الكريمة ينبغي أن يحكَّم في تفسيرها، ففي قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾ [البقرة: ٢٣٠] المقصد الشرعي هو إنهاء الحرمة التي ثبتت بالطلاق الثلاث، وليس المقصد منها إسناد النكاح إليهما؛ إذ لم تتجه الآية إلى هذا المعنى، ولم تُسَق له عبارتها.

وعلى هذا، فإرادة الشارع من منطوق الآية أنها إذا تزوجت زوجاً غيره بعد الطلاق الثلاث، فلا تثريب عليهما أن يتزوجا من جديد، بعقد جديد، وهذا لا يفيد بعبارة النص أن للمرأة حقًّا في أن تتولى صيغة عقد النكاح بنفسها؛ لأن هذا موضوع

(١) «بداية المجتهد»: (٢/ ٨ ـ ١١).

آخر، له أدلته من الكتاب والسنة، وردت فيه على الخصوص. وأيضاً، يحتمل أن يراد بقوله تعالى: ﴿أَن يَتَرَاجَعَآ﴾ أي: الطرفان: طرف الزوج الأول، وطرف المرأة، وهو وليها بعد إذنها في ذلك[١].

أما استدلال الحنفية بقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۗ﴾ [البقرة: ٢٣٤] فلا يفيد أن للمرأة أن تستبد بعقد زواجها، من غير ولي؛ لأن كلمة «المعروف» تشير إلى أن المرأة يجب أن تستأذن وليها؛ لأن هذا هو الأمر بالمعروف، فتتلاقى إرادتاهما في العقد.

هذا، وقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۗ﴾ أي: لا تثريب عليهن في اختيارهن للأزواج الذين يرضونهم، تفادياً لتحكيم الأولياء في أمر زواجهن، وإكراههن على تزويجهن بمن لا يرضونه، وليس في هذا ما يدل على عدم استبداد الولي في اختيار الزوج، أو في عقد الزواج.

فتلخص أن ليس ثمة من نص قاطع من القرآن الكريم، يفيد ثبوت حق المرأة في مباشرة عقد زواجها: على استقلال، استبداداً به، من دون إذن وليها، ولا للولي حق إبرام عقد زواج موليته، على استقلال واستبداد به، من دون إذنها، وإنما الحق بينهما مشترك، ولا بد لصحة العقد من تراضيهما.

أدلة الحنفية من السنة، ومناقشتها

أ ـ استدل الحنفية من السنة بما رواه الجماعة، إلّا البخاري، من قوله ﷺ:

«الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صُماتها»[٢].

وفي رواية: **«الأيم أحق بنفسها من وليها»**[٣].

---

(١) «أحكام الأسرة» الشيخ مصطفى شلبي: هامش ص٢٦٢، مطبعة النهضة العربية، بيروت ١٩٧٧، الطبعة الثانية.

(٢) أخرجه مسلم: ٣٤٧٧، وأبو داود: ٢٠٩٩، وأحمد: ١٨٩٧، من حديث ابن عباس. وانظر: «نيل الأوطار» للشوكاني: (٦/ ١١٩ وما يليها).

(٣) أخرجه مسلم: ٣٤٧٦، وأبو داود: ٢٠٩٨، والترمذي: ١١٠٨، والنسائي: (٦/ ٨٤)، وابن ماجه: ١٨٧٠، وأحمد: ١٨٨٨، من حديث ابن عباس.

وفي رواية ثالثة: «ليس للولي مع الثيِّب أمر، واليتيمة تستأمر، وأمرها إقرارها»(١).

ب ـ واستدلوا أيضاً بقوله ﷺ: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا البكر حتى تستأذن» قالوا: يا رسول الله! وكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت»(٢).

ج ـ وبما روي عن عائشة قالت: قلت: يا رسول الله، تستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال: «نعم!»، قلت: إن البكر تستأمر، فتستحي، فتسكت، قال: «سكاتها إذنها»(٣).

د ـ واستدلوا بما روي عن ابن عباس: «أن جارية بكراً أتت رسول الله ﷺ فذكرت أن أباها زوّجها، وهي كارهة، فخيرها النبي ﷺ»(٤).

وفي رواية ابن ماجة أنه «جاءت فتاة إلى النبي ﷺ فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه، ليرفع بي خسيسته، قال: فجعل الأمر إليها، فقالت: أجزت ما صنع أبي، لكن أردت أن أعلم النساء أنْ ليس للآباء من الأمر شيء»(٥).

هذه جملة ما عثرنا عليه من الأدلة من وجوب استئذان البكر، عند الحنفية. هذا، ووجه استدلالهم بحديث: «الأيم أحق بنفسها من وليها» أنه جعل للولي حقًّا، ولكن الأيم أحق منه، ولما كان حق الولي مقصوراً على مباشرة عقد النكاح، كانت الأيم ـ من لا زوج لها، بكراً كانت أم ثيباً ـ أحق منه في ذلك.

---

(١) أخرجه أبو داود: ٢١٠٠، والنسائي: (٦/ ٨٥)، وأحمد: ٣٠٨٧، من حديث ابن عباس، وهو صحيح.

(٢) أخرجه البخاري: ٦٩٧٠، ومسلم: ٣٤٧٣، وأحمد: ٧٤٠٤، من حديث أبي هريرة.
الأيِّم لغةً هي: المرأة التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً، أو هي المرأة التي فارقها زوجها بطلاق أو موت، بكراً كانت أم ثيباً.

(٣) أخرجه البخاري: ٦٩٤١، ومسلم: ٣٤٧٥، وأحمد: ٢٤١٨٥. وانظر «نيل الأوطار»: (٦/ ١١٩ وما يليها).

(٤) أخرجه أبو داود: ٢٠٩٦، والنسائي في «الكبرى»: ٥٣٨٧، وابن ماجه: ١٨٧٥، وأحمد: ٢٤٦٩، من حديث ابن عباس، وإسناده صحيح.

(٥) أخرجه النسائي: (٦/ ٨٦)، وابن ماجه: ١٨٧٤، وأحمد: ٢٥٠٤٣، من حديث عائشة، وهو صحيح. وانظر «نيل الأوطار»: (٦/ ١١٩ وما يليها).

ويتجه على الحنفية في هذا الاستدلال، أن المراد بالأيِّم في الحديث هي الثيب، بدليل مقارنتها بالبكر في الشطر الثاني من الحديث، ويكون معناه أن الثيب لا تُمنع من الزواج بمن اختارته زوجاً، وليس للولي ولاية إجبار عليها إذا رفضت، وليس هذا مما نحن فيه؛ لأن البحث في موضوع المرأة، هل لها أن تستبد بعقد زواجها من دون إذن الولي؟.

وبإمعان النظر في منطوق الحديث، يتبين أنه يميز بين الثيب والبكر، في الوسيلة التي تعبر كل منهما عن رضاها، فلا بد من التصريح بالنسبة إلى الثيب، ويكتفى بالسكوت أو الصمت بالنسبة إلى البكر، لخفرها وحيائها، وهذا شيء وراء استبداد المرأة البالغة العاقلة، بإنشاء عقد زواجها، كما ترى.

نعم، يفيد أنه لا بد من أخذ رضاء كل منهما، وهذا ما نقول به، ولا ننكره.

وأما استدلالهم بحديث: «**ليس للولي مع الثيب أمر**» فلا يعني أنه ليس له شأن في التزويج، بل ليس له إجبار موليته على الزواج بمن لا ترضاه.

وأما حديث ابن عباس في روايتيه، فليس من معناه ولا من مقتضاه، أن المرأة تستبد بعقد زواجها دون وليها، بل جل ما يدل عليه أنْ ليس للولي إكراه موليته على الزواج بمن تكره؛ إذ لا بد من أخذ رأيها فيه؛ لأنها ستعيش معه طوال عمرها، وهذا لا يتصل بموضوعنا الذي هو استبداد المرأة بعقد زواجها.

هذا، ومعنى الاستئمار والاستئذان فيما استدل به الحنفية، لا يخرج عن نطاق وجوب رضا المرأة في الزواج لا أن تستقل به.

ج ـ استدلال الحنفية بالمعقول: على أنها إذ تقوم بإنشاء عقد زواجها، فإنما تتصرف في خالص حقها، وهو ما تقتضيه قواعد الأهلية الكاملة الثابتة للمرأة شرعاً، كما تتصرف في أموالها، على استقلال، ولا يعترض عليها أحد؛ لأنه خالص حقها، قياساً، وليست «الأنوثة» ـ في الشرع ـ عاملاً مؤثراً في نقص الأهلية، حتى يكون للولي ولاية الإجبار، والاستبداد عليها.

نعم! إذا أساءت التصرف فيما منحت من حق الولاية على نفسها، فاختارت زوجاً

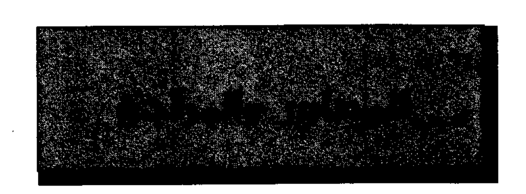
غير كفء، وأنشأت عقد زواجها به من دون إذن الولي، ولا مباشرته العقد، كان له حق الاعتراض على هذا الزواج، دفعاً للمضرة عن الأسرة، فيطالب بحق الفسخ قبل الحمل، وقبل الولادة، كما ذكرنا، رعاية لحق الطفل.

ويتجه على الحنفية في هذا الوجه من الاستدلال، أنه مع التسليم بكمال الأهلية، لكن المرأة غالباً بحكم وضعها الشرعي قليلة الاختلاط بالرجال، فتعوزها الخبرة، فكان لا بد من أخذ إذن الولي، واستطلاع رأيه، جبراً لهذا النقص.

ثم هي - إلى ذلك - مشبوبة العاطفة، بحكم غريزة الأمومة فيها، ولذا كانت سريعة الاغترار، فكان لا بد من أخذ رضا الأولياء بالعقد، تجنباً من الوقوع في التغرير، استغلالاً لعاطفتها، ولا سيما أن نفوس النساء طوامح إلى الرجال، فتأميناً لمصلحتها، وإقامة لبنيان الأسرة على أسس مكينة، كان لا بد من استئذان الولي، حتى يكون إذنه، شرطاً لصحة عقد الزواج، ولا بد من إذنها أيضاً، لينم عن رضاها بالزوج الذي ستعيش معه طوال عمرها، وبذلك نوفق بين الأدلة التي احتج بها كل فريق.

انتهى الكتاب. والحمد لله أولاً وآخراً





التفسير

الكتاب	المؤلف	النشر
جامع البيان في تفسير القرآن	ـ الطبري	
أحكام القرآن	ـ لابن العربي	
المنار	محمد رشيد رضا	

الحديث

الكتاب	المؤلف	النشر
نيل الأوطار ـ شرح منتقى الأخبار	الشوكاني	الطبعة الأخيرة ـ مصطفى البابي ـ القاهرة ـ بدون تاريخ
سنن البيهقي	البيهقي	مؤسسة الحلبي ـ ١٣٨٧هـ ـ ١٩٦٨م ـ القاهرة
نصب الراية لأحاديث الهداية	الزيلعي	الطبعة الثانية ـ المكتب الإسلامي ـ ١٣٩٣هـ ـ بيروت
شرح صحيح مسلم	النووي	تصوير دار إحياء التراث العربي ـ بيروت
فتح الباري ـ شرح صحيح البخاري	ابن حجر	المكتبة السلفية ـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ـ تصوير بيروت
جامع الأصول	ابن الأثير	مطبعة الملاح ـ ١٣٩٣هـ ـ ١٩٧٣م
سبل السلام	الصنعاني	الطبعة الأخيرة ـ مصطفى البابي ـ ١٣٧٩هـ ـ ١٩٦٠م
كنز العمال	علاء الدين الهندي	طبع مكتبة التراث الإسلامي ١٣٩١هـ ـ ١٩٧١م

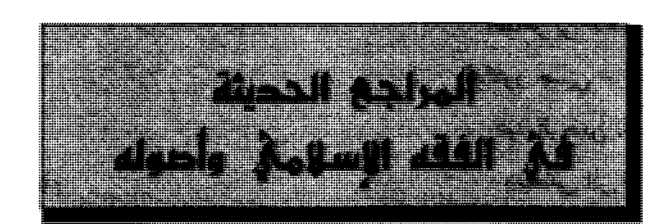
الكتاب	المؤلف	الطبعة
	الفقه الحنفي	
فتح القدير ـ شرح الهداية	الكمال بن الهمام	المطبعة الأميرية ـ ١٣١٦هـ
بدائع الصنائع	الكاساني	الطبعة الثانية ـ ١٣٩٤هـ ـ ١٩٧٤م
تبيين الحقائق ـ شرح كنز الدقائق	الزيلعي	الطبعة الأولى ـ بولاق ـ ١٣١٣ ـ ١٣١٥هـ
المبسوط ـ شرح الكافي	السرخسي	مطبعة السعادة ـ ١٣٢٤ ـ ١٣٣١هـ
الهداية	المرغيناني	مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٥٥هـ ـ ١٣٥٦هـ.
الأشباه والنظائر وحاشية الحموي	ابن نجيم	الآستانة ـ ١٢٩٠هـ
مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر	شيخ زاده	الآستانة ـ ١٣٠هـ
الدر المنتقى شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر	الحصكفي	الآستانة ـ ١٣٠هـ
مختصر الطحاوي	الطحاوي	مطبعة دار الكتاب العربي ـ القاهرة ١٣٧٠هـ
البحر الرائق شرح كنز الدقائق	ابن نجم	مطبعة الحلبي ١٣٨٧هـ ـ ١٩٦٨م
الاختيار لتعليل المختار	الموصلي	مطبعة صبيح ـ مصر
رد المحتار على الدر المختار	ابن عابدين	مطبعة عيسى البابي ـ الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ ـ ١٩٦٩م
درر الحكام شرح مجلة الأحكام	علي حيدر الحسيني	ترجمة منشورات مكتبة النهضة ـ بيروت
الفتاوى الهندية (العالمكيرية)	علماء الهند	المطبعة الأميرية
الفتاوى الأنقروية		المطبعة الأميرية ـ بولاق
	الفقه الحنبلي	
إعلام الموقعين	ابن قيم الجوزية	تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة بمصر ١٣٧٤هـ ١٩٥٥م
المبدع في شرح المقنع	ابن مفلح	طبع المكتب الإسلامي، ١٣٩٤هـ ـ ١٩٧٤م

الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف	للمرداوي	تحقيق محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى، مطبعة السنة المحمدية ـ القاهرة
زاد المعاد	ابن القيم	مطبعة مصطفى البابي ١٣٩٠هـ ـ ١٩٧٠م
الفتاوى الكبرى	ابن تيمية	تصوير دار المعرفة ـ بيروت
كشاف القناع	البهوتي	نشر مكتبة النصر الحديثة ـ الرياض
المغني مع الشرح الكبير	ابن قدامة	تصوير دار الكتاب العربي ـ بيروت
جامع العلوم والحكم	ابن رجب	الطبعة الثالثة، مصطفى البابي ـ ١٣٨٢هـ ـ ١٩٦٢م
السياسة الشرعية	ابن تيمية	مكتبة أنصار السنة المحمدية ١٣٨١ ـ ١٩٦١م
الحسبة	ابن تيمية	مكتبة أنصار السنة المحمدية ١٣٨١هـ ـ ١٩٦١م
الطرق الحكمية	ابن القيم	المؤسسة العربية للطباعة والنشر ـ راجعه وصححه أحمد العسكري ١٣٨٠هـ ـ ١٩٦١م
	الفقه الزيدي	
البحر الزخار	أحمد بن يحيى المرتضى	مؤسسة الرسالة ـ بيروت
الروضة الندية شرح الدرر البهية	صديق خان	المطبعة السلفية
الروض النضير	للسياغي	الطبعة الثانية ـ مطبعة المؤيد ـ الطائف ـ ١٢٢١هـ
التاج المذهب لأحكام المذهب	أحمد بن قاسم	مطبعة عيسى البابي ـ ١٣٦٦هـ ـ ١٩٤٧م
	الفقه الظاهري	
المحلّى	ابن حزم	منشورات المكتب التجاري ـ بيروت (مصوَّر)

الكتاب	المؤلف	الطبعة
	الفقه الإمامي	
المختصر النافع	أبو القاسم جعفر الحلّي	مطبعة وزارة الأوقاف ـ الطبعة الثانية ١٣٧٧هـ ـ القاهرة
	الفقه الإباضي	
شرح النيل	محمد بن أطفيش	مطبعة السلفية ـ ١٣٤٣هـ ـ القاهرة
	أصول الفقه	
الموافقات في أصول الشريعة	الشاطبي	طبع المكتبة التجارية ـ الكبرى ـ مصطفى محمد ـ مع شرح الشيخ عبد الله دراز
الاعتصام	الشاطبي	طبع المكتبة التجارية الكبرى ـ مصطفى محمد ـ بدون تاريخ
التوضيح على التنقيح بحاشية التلويح	صدر الشريعة	مطبعة صبيح ـ بدون تاريخ
الإحكام في أصول الأحكام	للآمدي	مطبعة صبيح ـ ١٣٧٨هـ ـ ١٩٥٨م
سلم الوصول شرح نهاية السول شرح منهاج الأصول	الشيخ بخيت	طبع جمعية نشر الكتب العربية ـ ١٣٤٣هـ ـ القاهرة
الرسالة	الشافعي	تحقيق أحمد محمد شاكر ـ الطبعة الأولى ـ مطبعة مصطفى البابي ـ ١٣٥٨هـ ـ ١٩٤٠م
قواعد الأحكام	للعز بن عبد السلام	مكتبة الكليات الأزهرية ـ ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م ـ القاهرة
القواعد	ابن رجب	مكتبة الخانجي، ١٣٥٢هـ ـ ١٩٣٣م
كشف الأسرار، شرح أصول فخر الإسلام البزدوي	عبد العزيز البخاري	مطبعة الصنايع ـ الآستانة ١٣٠٧هـ
مسلّم الثبوت مع شرح فواتح الرحموت	ابن عبد الشكور	طبع بولاق، مصر ١٣٢٢هـ
الفروق	القرافي	طبع دار إحياء الكتب العربية ـ ١٣٤٤هـ ـ القاهرة
المستصفى مع مسلم الثبوت	الغزالي	طبع بولاق، مصر ـ ١٣٢٢هـ

الكتاب	المؤلف	الطبعة
شفاء الغليل	الغزالي	تحقيق حمد الكبيسي ـ مطبعة الإرشاد ـ بغداد ١٣٩٠هـ ـ ١٩٧١م
شرح الأصول الخمسة	القاضي عبد الجبار	تحقيق الدكتور عبد الكريم عثمان
تنقيح الفصول	القرافي	
الفتاوى البزازية	الكردري	المطبعة الأميرية ـ بولاق
رسائل ابن عابدين	ابن عابدين	تصوير بيروت
	الفقه المالكي	
حاشية الدسوقي على الشرح الكبير	أحمد الدردير	طبع دار إحياء الكتب العربية ـ مطبعة عيسى البابي ـ القاهرة
مواهب الجليل لشرح مختصر سيدي خليل	الحطاب	مطبعة السعادة ١٣٢٨ ـ ١٣٢٩هـ، القاهرة
شرح حدود ابن عرفة	الرصاع التونسي	الطبعة الأولى ـ تونس ١٣٥٠هـ
تبصرة الحكام	ابن فرحون	مطبعة مصطفى البابي، ١٣٧٨هـ ـ ١٩٥٨م.
القوانين الفقهية	ابن جزي	طبع تونس
المنتقى شرح موطأ الإمام مالك	الباجي	تصوير دار الكتاب العربي
الزرقاني على موطأ الإمام مالك	الزرقاني	طبع المكتبة التجارية الكبرى، ١٣٩١ هـ ـ ١٩٧١م
بداية المجتهد	ابن رشد	الطبعة الأولى ـ شركة المطبوعات العربية
الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني	أحمد بن غنيم	مطبعة البابي، ١٣٧٤هـ ـ ١٩٥٥م
المدونة الكبرى (رواية سحنون)	الإمام مالك	طبع مكتبة المثنى ـ بغداد ١٩٧٠م
المقدمات الممهدات	ابن رشد (الجد)	مطبعة السعادة ١٣٢٥هـ ـ القاهرة
التيسير في أحكام التسعير	المجيلدي	تحقيق موسى لقبال، طبع الجزائر
	الفقه الشافعي	
تحفة المحتاج	ابن حجر الهيثمي	المطبعة الميمنية ـ ١٣١٥هـ ـ القاهرة
الأم	الشافعي	تصوير دار المعرفة ـ بيروت

مغني المحتاج	الشربيني	تصوير دار إحياء التراث العربي - بيروت
الحاوي	الماوردي	مخطوط - فقه شافعي (٧٢، ٢٤)
الوجيز	الغزالي	مطبعة الآداب والمؤيد، ١٣١٧هـ
نهاية المحتاج بحاشية الشبراملسي	الرملي	مطبعة البابي الحلبي - ١٣٥٧هـ ١٩٣٨م
الأحكام السلطانية	الماوردي	الطبعة الأولى، مطبعة السعادة - القاهرة ١٣٢٧هـ - ١٩٠٩م
الأشباه والنظائر	السيوطي	الطبعة الأخيرة، مصطفى البابي الحلبي، ١٣٥٦هـ ١٩٣٨م
المجموع شرح المهذب	النووي	مطبعة الإرشاد - جدة، تحقيق وإكمال محمد نجيب المطيعي
المهذب	الشيرازي	مطبعة عيسى البابي الحلبي - مصر ١٩٥٩م
الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع	الشربيني	تصوير دار المعرفة - بيروت
نهاية الرتبة في طلب الحسبة	الشيزري	تحقيق الدكتور الباز العريني، الثقافة - بيروت ١٩٦٩م
الجمل على شرح المنهج	سليمان الجمل	تصوير دار إحياء التراث العربي - بيروت
إحياء علوم الدين	الغزالي	تصوير دار المعرفة - بيروت
الزواجر	ابن حجر	تصوير بيروت
معالم القربة	لابن الأخوة	طبع الهيئة العامة المصرية للكتاب، تحقيق د. محمد شعبان
	لأبي عبيد	تحقيق محمد خليل هراس، مكتبة الكليات الأزهرية

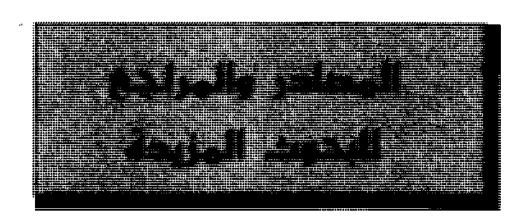


أحكام المعاملات الشرعية	علي الخفيف
الملكية ونظرية العقد	محمد أبو زهرة
الملكية في الشريعة الإسلامية	علي الخفيف
الملكية في الشريعة الإسلامية	عبد السلام العبادي
أبو حنيفة	محمد أبو زهرة
مالك	محمد أبو زهرة
ابن حنبل	محمد أبو زهرة
الشافعي	محمد أبو زهرة
الوقف والوصية	محمد مصطفى شلبي
الحسبة	إبراهيم الشهاوي
الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده	فتحي الدريني
نظرية التعسف في استعمال الحق	فتحي الدريني
المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي	فتحي الدريني
أصول التشريع الإسلامي	فتحي الدريني
حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن (مع فئة من العلماء)	فتحي الدريني
فقه القرآن والسنة	محمود شلتوت
الإسلام عقيدة وشريعة	محمود شلتوت
من توجيهات الإسلام	محمود شلتوت
مقارنة المذاهب	محمود شلتوت

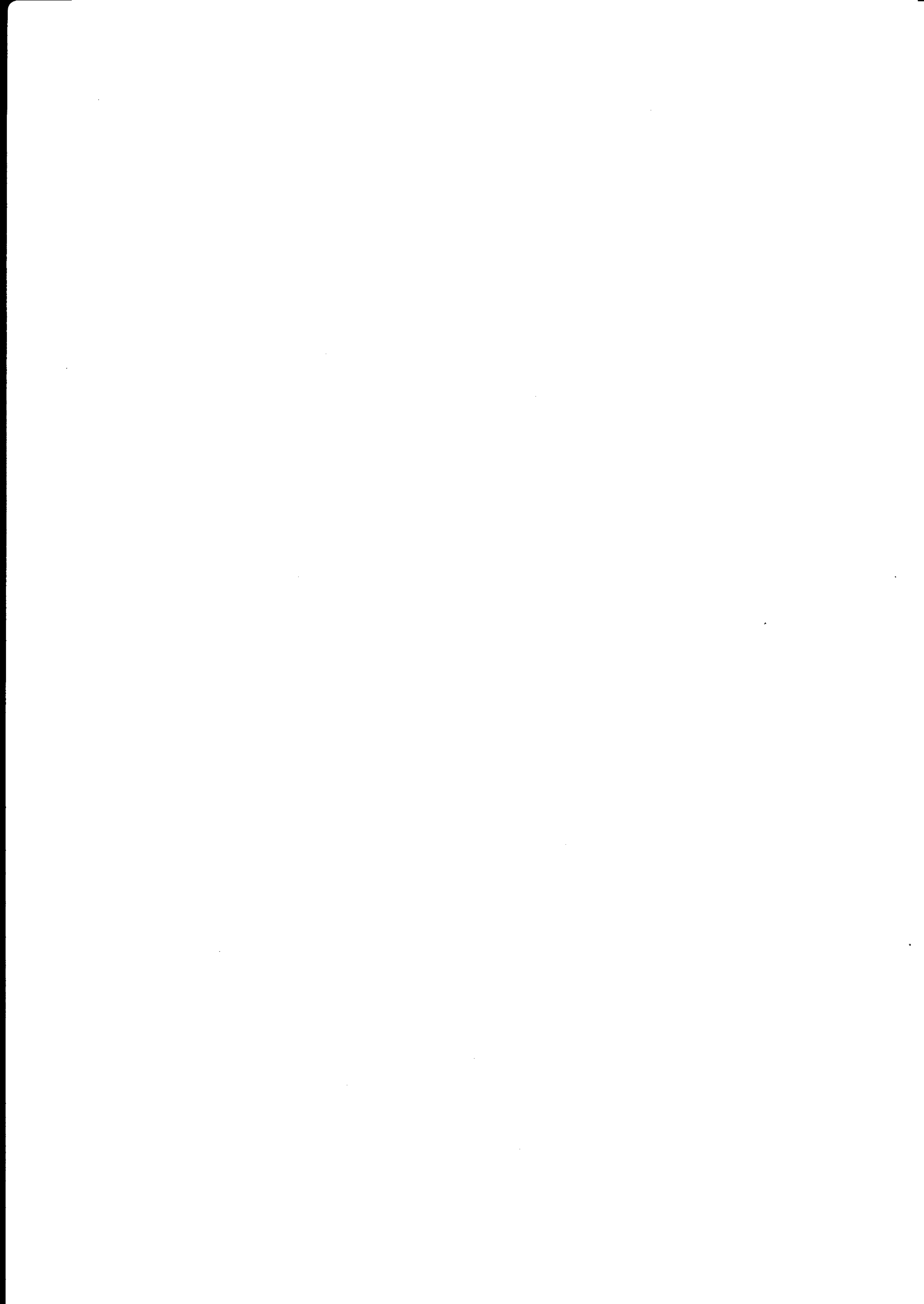
التسعير الجبري	بشرى الشوربجي
الفتيا	سليمان الأشقر
أسباب اختلاف الفقهاء	علي الخفيف
أسباب اختلاف الفقهاء	عبد الله بن تركي
مقاصد الشريعة	الطاهر بن عاشور
نظرية المصلحة	الدكتور حسين حامد
السياسة الشرعية	عبد الرحمن تاج
المدخل الفقهي العام	مصطفى الزرقاء
مصادر الحق في الفقه الإسلامي	عبد الرزاق السنهوري
الإسلام وأوضاعنا الاقتصادية	محمد الغزالي
التصرف الانفرادي	علي الخفيف
فتاوى شرعية	حسنين مخلوف
المدخل إلى نظرية الالتزام	مصطفى الزرقاء
الحق والذمة	علي الخفيف
الميراث المقارن	عبد الكريم الكشكي
التعزير	عبد العزيز عامر
الأحوال الشخصية	عبد الرحمن الصابوني
محاضرات في الفقه المقارن	محمد سعيد البوطي
الفتاوى الواضحة	محمد باقر الصدر
نظرية الشروط المقترنة بالعقد	زكي الدين شعبان
منهج عمر بن الخطاب في التشريع الإسلامي	محمد البلتاجي

المعاجم

لسان العرب	ابن منظور
القاموس المحيط	للفيروز أبادي
المصباح المنير	الفيومي
مختار الصحاح	للرازي
أساس البلاغة	للزمخشري
النهاية في غريب الحديث	ابن الأثير



المسوى شرح الموطأ (فقه مالكي)	للإمام ولي الدين الدهلوي	طبع دار الكتب العلمية ـ بيروت
اللمعة الدمشقية بشرح الروضة	الشهيد العاملي	(فقه إمامي)
شرح المقنع (فقه حنبلي)	ابن قدامة	
النهاية في مجرد الفقه والفتاوى (فقه إمامي)	للطوسي	طبع دار الكتاب العربي ـ بيروت
تحرير الوسيلة (فقه إمامي)	للإمام الخميني	
الفقه على المذاهب الأربعة	(قسم المعاملات) عبد الرحمن الجزيري	ج٢، طبع المكتبة التجارية الكبرى ـ القاهرة
فقه السنة	الشيخ سيد سابق	طبع دار الكتاب العربي ـ بيروت
	الدكتور محمد فوزي فيض الله	
شرح المقنع	ابن قدامة المقدسي (الحنبلي)	
حكم اللحوم المستوردة	الدكتور محمد عبد القادر أبو فارس	
الطريقة الإسلامية في ذبح الحيوانات للطعام	الدكتور غلام مصطفى خان	مترجم
اللباب شرح الكتاب	عبد الغني الغنيمي الميداني الدمشقي	طبع المكتبة العلمية ـ بيروت
تفسير القرآن الكريم	الشيخ محمود شلتوت	
الجامع لأحكام القرآن	للقرطبي	طبع دار الكتاب العربي ـ بيروت
مفردات غريب القرآن	للراغب الأصفهاني	
حياة الحيوان	للدميري	




فهرس الموضوعات

